

VU Research Portal

Werk en privé, de strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht

Roozendaal, W.L.

2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Roozendaal, W. L. (2011). *Werk en privé, de strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht*. [, RU Nijmegen]. Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Werk en privé

De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht

W.L. Roozendaal

Werk en privé

De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht

Een wetenschappelijke proeve op het gebied
van de Rechtsgeleerdheid

PROEFSCHRIFT

Ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Radboud Universiteit Nijmegen
op gezag van de rector magnificus prof. mr. S.C.J.J. Kortmann
volgens het besluit van het college van decanen
in het openbaar te verdedigen op vrijdag 30 september 2011
om 12:30 uur precies

door

Willemijn Leontien Roozendaal
Geboren op 11 juli 1970 te Hensbroek

Promotor: Prof. mr. I.P. Asscher-Vonk

Manuscriptcommissie:

Prof. mr. C.J.H. Jansen

Prof. mr. drs. C.H. Sieburg

Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens (VU)

© 2011 W.L. Roozendaal

'Er is een tweeërlei leven. Een leven in het gezin, in de familie, met de kinderen, dat een meer particulier, en bijna geheel daarbuiten een ander leven in Raden en Staten, op de vloot en in het leger, dat een meer publiek karakter draagt. Deze tweeërlei soorten van leven vragen om zeer onderscheiden gaven en talenten, en nu is het de les der historie, en 't empirisch gegeven van 't heden, dat die tweeërlei soort van gaven en talenten, in den regel althans, saam blijken te vallen met het soortverschil tusschen man en vrouw. Het private en het publieke leven vormen twee afgescheiden sferen, elk met een eigen wijze van bestaan, met een eigen taak, en voor die taak om een eigen soort hoedanigheden en talenten roepend. Dit is de harmonie van levenssfeer en mensचनाard. .. En het is op grond van dezen stand van zaken, die niet wij uitgedacht, maar God zelf ons heeft opgelegd, dat de vrouw in het publieke leven niet met den man gelijk staat.'

(A. Kuyper, De eerepositie der vrouw, Kok Kampen 1914, p. 47)

VOORWOORD

Het doen van onderzoek is als het gevecht met de engel. Er is een eindeloos lijkende duisternis waarin je worstelt, de strijd aangaat. Je incasseert een klap, je deelt er een uit, maar aan wie? Aan wat? Dan breekt de dag aan, en blijkt met wie je hebt geworsteld: met jezelf. Maar hé, ik heb het overleefd! Wat zeg ik, ik heb het gewonnen!

Irene Asscher-Vonk, mijn promotor, kan ik nooit genoeg bedanken voor haar bijstand in de strijd. Ze stond altijd klaar, met eindeloos geduld, een halve eeuw ervaringsdeskundigheid in het sociaal recht, en met kritiek zo scherp als ik aankon. Willem Bouwens, dankjewel dat ik heb mogen profiteren van je encyclopedische geheugen en aanstekelijke enthousiasme voor het arbeidsrecht. De ondersteuning in de laatste fase van het onderzoek was goud waard. Dat de scheiding tussen werk en privé in het echt niet bestaat bewijst mijn vriendschap met Lucy van den Berg. We weten nu geloof ik wel alles van elkaar, inclusief de inhoud van onze proefschriften. Je bent een prachtig mens.

Prettig samenwerken was het met de collega's van de sectie sociaal recht in Nijmegen: Fiorina Argante, Marjolein Balthussen, Marc Dankbaar, Raymon van Heusden, Mijke Houwerzijl, Lia Jacobs-de Klerk, Mies Monster†, Saskia Peters en Heleen Wierenga-Pool. De discussies tijdens de lunch waren lang en memorabel. Ook aan mijn verblijf aan de UvA bewaar ik goede herinneringen, bijvoorbeeld aan Ceciel Rayer, Leonard Verburg, Alf Bungener en Margreet Kroon. Evert Verhulp en Ronald Beltzer zie ik nog geregeld en ik hoop dat dat zo blijft. Evert, bedankt voor je inzet.

Op de VU heb ik al snel mijn draai gevonden. Ik dank Klara Boonstra, Mark Heemskerk, Els Heppner, Marita Hoogeveen, Sijbren Kuiper, Erik Lutjens, Marjan Olfers, Marieke Opdam, Vivian Bij de Vaate en Gijs Vonk voor hun inspirerende gezelschap. Wat zijn we toch flexibel met zijn allen! En zo opgeruimd en transparant!

Geertje bedank ik voor de vele nachtelijke discussies over de wereld in het algemeen en het P-woord in het bijzonder. De psychologische bijstand was het best in handen bij Joyce. Ook Tim, Petra, Peggy, Angele, Marcella, Huib, Jos, Stan, Rob, Jacqueline, Jojanneke, Ellen, Cheryl, Iris, Dorien, Els, Delroy, Sylvia, Frans en Nicole bedank ik dat

ze geregeld naar het proefschrift bleven informeren, en dat op verzoek net zo makkelijk achterwege wilden laten.

Lieve mama, papa†, Renate en Maaike†, zonder jullie zou ik niet zijn wie ik ben. Het is een groot cadeau om in dit gezin geboren te zijn. Mariet, Adriaan, Sonja, Mike, Nikita en Jim, jullie zijn mijn leen-familie, en hopelijk krijgen jullie me nu wat vaker te zien.

Selt en Jacob, ik hoop dat jullie dit ooit lezen en dan denken dat jullie moeder eigenlijk best knap is. Jullie zijn schitterend. Robert, mijn lief, bedankt dat je bij me wilt zijn. Zoals je zelf zegt: ik verdien het beste, en dat ben jij.

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding / 1
---	---------------

DEEL I Historisch deel / 17

2	Inleiding historisch deel / 19
3	Arbeidstijden / 23
4	Verdeling van arbeid en zorg / 91
5	Arbeid en zorg en gelijke behandeling / 203
6	Conclusie historisch deel / 239

DEEL II Systematisch deel / 243

7	Inleiding systematisch deel / 245
8	Risicoverdeling voor persoonlijke omstandigheden in het overeenkomstenrecht / 249
9	Risicoverdeling voor persoonlijke omstandigheden in het arbeidsrecht / 273
10	Persoonlijke belangen versus werkgeversbelangen in de arbeidsrechtelijke doctrine / 369
11	Conclusie systematisch deel / 395

DEEL III Discussiedeel / 399

12	Inleiding discussiedeel / 401
13	Rechtvaardiging van het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht / 403
14	Bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de strijd om tijd / 425
15	Samenvatting en conclusies / 455

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / VII

Lijst van afkortingen / XVII

1 Inleiding / 1

- 1.1 Aanleiding en vraagstelling / 1
 - 1.1.1 Aanleiding / 1
 - 1.1.2 Vraagstelling / 2
- 1.2 De begrippen 'privé' en 'persoonlijk' / 3
 - 1.2.1 Inleiding / 3
 - 1.2.2 Privésfeer, werksfeer en openbare sfeer / 4
 - 1.2.3 'Privé' als normatief begrip / 6
 - 1.2.4 Invulling van de normatieve betekenis / 10
 - 1.2.5 Conclusie / 12
- 1.3 Leeswijzer / 12
- 1.4 Methode / 14

DEEL I Historisch deel / 17

2 Inleiding historisch deel / 19

3 Arbeidstijden / 23

- 3.1 De scheiding tussen werktijd en privétijd / 23
 - 3.1.1 Inleiding / 23
 - 3.1.2 De scheiding tussen werktijd en privétijd in historisch-sociologisch perspectief / 23
 - 3.1.3 De scheiding tussen werktijd en privétijd in de wet / 29
- 3.2 Collectieve ordening in het publiekrechtelijke arbeidstijdenrecht / 30
 - 3.2.1 Inleiding / 30
 - 3.2.2 Kinderwet 1874 en Arbeidswet 1889 / 31
 - 3.2.3 Arbeidswet 1919 / 33
- 3.3 Collectieve ordening in het civielrechtelijke arbeidstijdenrecht / 37

3.3.1	BW vanaf 1907 / 37
3.3.2	Arbeidsduurverkorting / 39
3.3.3	Vakantie / 40
3.3.4	Verlofrechten in cao's / 42
3.3.5	Politiek en maatschappelijk verlof / 43
3.3.6	Zeggenschap over arbeidstijdpatronen / 47
3.3.7	Tussenconclusie / 47
3.4	Modernisering van het publiekrechtelijke arbeidstijdenrecht: flexibilisering / 48
3.4.1	Modernisering Arbeidswet 1919 / 49
3.4.2	Arbeidstijdenwet 1996 / 51
3.4.3	De wet Bussemaker/Van Dijke 2003 / 54
3.4.4	Vereenvoudiging Arbeidstijdenwet 2007 / 56
3.5	Modernisering van het civielrechtelijke arbeidstijdenrecht: individualisering / 57
3.5.1	Inleiding / 57
3.5.2	Arbeidstijden en verlof in cao's / 58
3.5.3	Responsief arbeidstijden- en verlofrecht / 60
3.5.4	Vakantie / 62
3.6	Jurisprudentie over arbeidstijden en vakantie / 64
3.6.1	Jurisprudentie over de Arbeids(tijden)wet / 65
3.6.2	Structurele wijziging van arbeidstijd(patronen) / 68
3.6.3	Incidentele wijziging van arbeidstijd(patronen) / 73
3.6.4	Nevenarbeid / 76
3.6.5	Aspecten van vakantie / 80
3.7	Conclusie hoofdstuk 3 / 86
4	Verdeling van arbeid en zorg / 91
4.1	Arbeid- en zorgverdeling in gezin en maatschappij / 91
4.1.1	Inleiding / 91
4.1.2	Arbeid- en zorgverdeling in historisch-sociologisch perspectief / 92
4.1.3	Arbeid- en zorgverdeling en de wet / 100
4.2	Van kostwinnersmodel naar gelijke behandeling tot 1990 / 102
4.2.1	Het kostwinnersmodel in het arbeidsrecht / 102
4.2.2	Van kostwinnersmodel naar gelijke behandeling / 115
4.3	De positie van werknemers met zorgtaken omstreeks 1990 / 119
4.3.1	Zorgverlof / 120
4.3.2	Inkomensbescherming tijdens zorgverlof / 122
4.3.3	Ontslagbescherming en zorgverlof / 122
4.3.4	Flexibele- en deeltijdarbeidsrelaties / 123
4.3.5	Uitbesteding van zorg: kinderopvang / 132
4.3.6	Conclusie / 135
4.4	Arbeid en zorgbeleid: van gelijke behandeling naar tweeverdienersmodel? / 136
4.4.1	Inleiding / 136

4.4.2	Internationale verdragen als inspiratiebron /	137
4.4.3	Emancipatie en ontplooiing /	137
4.4.4	Het combinatiescenario: ambitieuze doelstelling, bescheiden middelen /	139
4.4.5	Arbeid- en zorgbeleid als economische investering /	140
4.4.6	Het anderhalfverdienersmodel: flexibel en zeker /	143
4.4.7	Naar een tweeverdienersmodel? /	144
4.5	De positie van werknemers met zorgtaken na 1990 /	146
4.5.1	Ontwikkelingen in verlofrechten /	146
4.5.2	Inkomensbescherming tijdens zorgverlof /	158
4.5.3	Ontslagbescherming en zorgverlof /	162
4.5.4	Ontwikkelingen in flexibele en deeltijdarbeidsrelaties /	165
4.5.5	Uitbesteding van zorg: ontwikkelingen in kinderopvang /	180
4.6	Jurisprudentie over deeltijdarbeid en verlof /	184
4.6.1	Aanpassing arbeidsduur /	184
4.6.2	Het opnemen van verlof /	188
4.6.3	Spreiding arbeidsuren /	191
4.6.4	Behoud arbeidsvoorwaarden in verband met verlof /	195
4.6.5	Ontslag in verband met aanpassing arbeidsduur en verlof /	197
4.7	Conclusie hoofdstuk 4 /	200

5 Arbeid en zorg en gelijke behandeling / 203

5.1	Inleiding /	203
5.2	Arbeid en zorg en gelijke behandeling in 1990 /	204
5.2.1	Ontwikkeling van de wetgeving tot 1990 /	204
5.2.2	Directe discriminatie /	204
5.2.3	Indirecte discriminatie /	207
5.2.4	Gelijke behandeling van deeltijders /	209
5.2.5	Positieve maatregelen /	211
5.2.6	Conclusie /	212
5.3	Arbeid en zorg en gelijke behandeling naar huidig recht /	213
5.3.1	Ontwikkeling van de wetgeving na 1990 /	213
5.3.2	Directe discriminatie. /	215
5.3.3	Indirecte discriminatie /	221
5.3.4	Gelijke behandeling van deeltijders en flexibele krachten /	228
5.3.5	Positieve maatregelen /	235
5.4	Conclusie hoofdstuk 5 /	237

6 Conclusie historisch deel / 239

DEEL II Systematisch deel / 243

7 Inleiding systematisch deel / 245

8 Risicoverdeling voor persoonlijke omstandigheden in het overeenkomstenrecht / 249

- 8.1 Inleiding / 249
- 8.2 Persoonlijke belangen en de gebondenheid aan het contract / 250
 - 8.2.1 Contractvrijheid als uitgangspunt? / 250
 - 8.2.2 Nakoming en de gevolgen van niet-nakoming / 252
 - 8.2.3 Uitleg, aanvulling en gedeeltelijk buiten toepassing laten van de overeenkomst / 254
 - 8.2.4 Onvoorziene omstandigheden / 257
 - 8.2.5 Heronderhandelingsplicht / 259
 - 8.2.6 Misbruik van omstandigheden / 260
 - 8.2.7 Overmacht / 262
- 8.3 Persoonlijke belangen en de beëindiging van duurovereenkomsten / 266
- 8.4 Vergelijking met het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht / 268
- 8.5 Conclusie hoofdstuk 8 / 270

9 Risicoverdeling voor persoonlijke omstandigheden in het arbeidsrecht / 273

- 9.1 Risicoverdeling in het arbeidsrecht / 273
 - 9.1.1 Inleiding / 273
 - 9.1.2 De arbeidsovereenkomst als bijzondere overeenkomst / 274
- 9.2 De gebondenheid aan het contract in de arbeidsovereenkomst / 277
 - 9.2.1 Inleiding / 277
 - 9.2.2 Gebondenheid aan het contract als uitgangspunt / 278
 - 9.2.3 Dwingend recht en rechterlijke vrijheid als belangrijke uitzonderingen / 280
 - 9.2.4 Uitzonderingen op het beginsel van gebondenheid aan het contract in de rechtspraak / 282
 - 9.2.5 Conclusie / 288
- 9.3 Wijziging van de arbeidsovereenkomst / 289
 - 9.3.1 Inleiding / 289
 - 9.3.2 Wijzigingswens werkgever / 289
 - 9.3.3 Wijzigingswens werknemer / 297
 - 9.3.4 Conclusie / 299
- 9.4 De grenzen van de gezagsbevoegdheid / 300
 - 9.4.1 Inleiding / 300
 - 9.4.2 Wettelijke grenzen aan de gezagsuitoefening / 302
 - 9.4.3 De overeenkomst als beperking van de gezagsbevoegdheid / 310
 - 9.4.4 Rechtmatige en redelijke gezagsuitoefening / 316
 - 9.4.5 Conclusie / 321

9.5	Nakoming en schadevergoeding in de arbeidsovereenkomst / 322
9.5.1	Inleiding / 322
9.5.2	Schadevergoeding in het arbeidsrecht / 323
9.5.3	Nakoming in het arbeidsrecht / 326
9.5.4	Conclusie / 327
9.6	Loon zonder arbeid / 328
9.6.1	Inleiding / 328
9.6.2	De risicoregeling / 329
9.6.3	Toepassing van de risicoregeling / 332
9.6.4	Conclusie / 335
9.7	Beëindiging van de arbeidsovereenkomst / 336
9.7.1	Inleiding / 336
9.7.2	Beëindiging in vogelvucht / 336
9.7.3	De belangenafweging bij persoonsgebonden ontslag / 342
9.7.4	Verwijtbaarheid / 343
9.7.5	Proportionaliteit / 345
9.7.6	Continuïteit / 347
9.7.7	Persoonsgebonden ontslag in de praktijk / 349
9.7.8	De belangenafweging bij bedrijfseconomisch ontslag / 351
9.7.9	Ontslagvergoedingen / 353
9.7.10	Conclusie / 359
9.8	Vergelijking met het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht / 361
9.9	Conclusie hoofdstuk 9 / 363

10 Persoonlijke belangen versus werkgeversbelangen in de arbeidsrechtelijke doctrine / 369

10.1	Inleiding / 369
10.2	Arbeidsrecht als contractenrecht / 369
10.3	Werknemersbescherming / 373
10.3.1	Ongelijkheidscompensatie / 373
10.3.2	Humanisering van de arbeid / 374
10.3.3	Veiligheid, inkomensbescherming en ontplooiing / 376
10.4	Werkgevers- en maatschappelijke belangen / 382
10.4.1	Ordening en disciplineren / 382
10.4.2	De institutionele leer / 384
10.4.3	Paternalisme en goed werkgeverschap / 387
10.5	Conclusie hoofdstuk 10 / 391

11 Conclusie systematisch deel / 395

DEEL III Discussiedeel / 399

12 Inleiding discussiedeel / 401

13 Rechtvaardiging van het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht / 403

- 13.1 Inleiding / 403
- 13.2 Rechtvaardiging op grond van supra-nationale normen / 404
- 13.3 Rechtvaardiging vanuit het perspectief van de wetgever / 406
- 13.4 Rechtvaardiging vanuit het perspectief van het (arbeids)overeenkomstenrecht / 411
- 13.5 Rechtvaardiging door grondrechten / 418
- 13.6 Conclusie hoofdstuk 13 / 422

14 Bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de strijd om tijd / 425

- 14.1 Inleiding / 425
- 14.2 Het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer / 425
 - 14.2.1 Een definitie van het recht op privacy? / 425
 - 14.2.2 Reikwijdte en toetsingskader van art. 8 EVRM / 427
 - 14.2.3 De toepassing van het EVRM in horizontale betrekkingen / 429
- 14.3 Doorwerking van grondrechten in het nationale recht / 432
 - 14.3.1 Directe en indirecte werking in de doctrine / 432
 - 14.3.2 Doorwerking van art. 8 EVRM in uitspraken van de Hoge Raad / 435
- 14.4 Het recht op privacy en de strijd om tijd / 438
 - 14.4.1 Inleiding / 438
 - 14.4.2 Gevolgen van de privétisering: bemoeienis met en verantwoordelijkheid voor privéomstandigheden / 439
 - 14.4.3 Toepassing van art. 8 EVRM bij geschillen inzake arbeidstijden en verlof / 445
 - 14.4.4 Gezichtspunten bij doorwerking van art. 8 EVRM / 447
 - 14.4.5 Conclusie hoofdstuk 14 / 451

15 Samenvatting en conclusies / 455

Summary / 469

Work and privacy. The struggle for time in employment law / 469

Literatuurlijst / 481

Trefwoordenregister / 531

Curriculum Vitae / 535

LIJST VAN AFKORTINGEN

A-G	Advocaat-Generaal
AAW	Algemene Arbeidsongeschiktheidswet
amvb	algemene maatregel van bestuur
AOW	Algemene Ouderdomswet
Arbowet	Arbeidsomstandighedenwet
art.	artikel(en)
Artw	Arbeidstijdenwet
Aw	Arbeidswet
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
AWR	Aanwijzingen voor de Regelgeving
AWW	Algemene Weduwen- en Wezenwet
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CRvB	Centrale Raad van Beroep
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ER	Emancipatieraad
ESH	Europees Sociaal Handvest
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
HvJ EG/EU	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen/Unie
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
i.w.tr.	inwerkingtreding
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
jo.	juncto
Ktr.	Kantonrechter
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
losbl.	losbladige uitgave
m.nt.	met noot van

MvT	Memorie van Toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek
PbEG/EU	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen/Unie
Pres. Rb.	President Rechtbank
Prg.	Praktijkgids
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
RBA	Rechterlijke Beslissingen inzake de Arbeidsovereenkomst
Rb.	Rechtbank
RDA	Regionaal Directeur Arbeidsvoorziening
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RWW	Rijksgroepsregeling Werkloze Werknemers
SER	Sociaal Economische Raad
STAR	Stichting van de Arbeid
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
WAA	Wet Aanpassing Arbeidsduur
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
Wazo	Wet Arbeid en Zorg
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
Wet AVV	Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten
Wet CAO	Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst
Wet LB	Wet op de Loonbelasting
WGB	Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen
WGBH/CZ	Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chro- nische ziekte
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WML	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WW	Werkloosheidswet
WWV	Wet Werkloosheidsvoorziening
ZFW	Ziekenfondswet
ZW	Ziektewet

1

Inleiding

1.1 Aanleiding en vraagstelling

1.1.1 Aanleiding

Vanaf begin jaren negentig van de vorige eeuw heeft de werkgever in toenemende mate te maken met omstandigheden in het privéleven van de werknemer. De werknemer heeft vanaf die tijd namelijk meer rechten gekregen om de combinatie van arbeid en zorg te vergemakkelijken, zoals ouderschapsverlof, het recht op aanpassing van de arbeidsduur, en het recht op kortdurend zorgverlof.

Deze regelgeving werd door commentatoren ervaren als een ingrijpende omslag in het arbeidsovereenkomstenrecht. Zo vroeg Van der Heijden aandacht voor een 'revolutie' in het arbeidsrecht. 'Privétisering' noemde hij deze revolutie.¹ Werkgevers kregen volgens hem voor het eerst op grote schaal verantwoordelijkheden in verband met omstandigheden in het privéleven van de werknemer. Vooral het feit dat afspraken tussen de werkgever en de werknemer konden worden doorbroken op grond van privéomstandigheden als de zorg voor kinderen, was volgens hem revolutionair. Ook anderen vonden deze ontwikkeling opmerkelijk. Zo werd in een arbeidsrechtelijk handboek voor het eerst een hoofdstuk gewijd aan het onderwerp 'Arbeid en privé', een onderwerp dat tot dan toe de handboeken nog niet had gehaald,² en werd gesproken van het verleggen van grenzen van het publieke domein van de arbeid naar bemoeienis met het private domein.³

Mensen leven doorgaans niet geïsoleerd maar hebben kinderen, ouders, vrienden of bloed- en aanverwanten. Soms hebben die elkaars zorg nodig. Dat is de *condition humaine* en dat is dus niets nieuws. Nieuw was echter, volgens deze commentatoren, dat de werkgever hier iets mee te maken kreeg. Tot dan toe hadden werkgevers kennelijk niet of nauwelijks last gehad van het feit dat mensen nu eenmaal soms te maken hebben met bijvoorbeeld zieke kinderen of zorgbehoeftige partners of ouders.

1 Van der Heijden 1999; zie ook Wilthagen en Grünell 1999, p. 252.

2 Loonstra en Zondag 2004, hoofdstuk 8.

3 Wilthagen en Grünell 1999, p. 229.

Het privéleven van werknemers bleef tot dan toe buiten het zakelijke leven in de arbeidsorganisatie.

1.1.2 Vraagstelling

De vermenging van het persoonlijke met het zakelijke in de arbeidsrelatie doet verschillende vragen rijzen. Hoort het persoonlijke wel thuis in de zakelijke sfeer? Waarom krijgt de werkgever eigenlijk verantwoordelijkheden voor aangelegenheden die niets met zijn bedrijf te maken hebben? Deze vragen liggen waarschijnlijk achter de verwondering die blijkt uit het feit dat het woord 'revolutie' in de mond werd genomen. Er is, in veler beleving, een strikte grens tussen de persoonlijke levenssfeer en andere levenssferen zoals de zakelijke levenssfeer. Voor het overschrijden van die grens moet op zijn minst een rechtvaardiging gegeven worden.

Achter deze initiële vraag rijzen andere vragen, bijvoorbeeld over de ontwikkeling van de arbeidstijden- en verlofregelgeving. Hoe zag de regelgeving inzake arbeidstijden en verlof er tot dan toe uit? Waren de verantwoordelijkheden van de werkgever volgens die regels dan allemaal verantwoordelijkheden voor niet-persoonlijke omstandigheden? Wat wordt eigenlijk bedoeld met persoonlijke omstandigheden? In welke zin is de toegenomen verantwoordelijkheid voor persoonlijke omstandigheden in het arbeidstijden- en verlofrecht vanaf de jaren negentig historisch gezien te beschouwen als een breuk met het arbeidstijden- en verlofrecht tot dan toe?

Ook kunnen er systematische vragen rijzen. Van het arbeidsrecht wordt vaak gezegd dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie of werknemersbescherming het belangrijkste uitgangspunt is in dat rechtsgebied.⁴ Het is voorstelbaar dat die bescherming nu juist ziet op de bescherming van persoonlijke belangen en omstandigheden van de werknemer. In hoeverre is de regelgeving inzake arbeidstijden en verlof vanaf de jaren negentig gelet hierop te beschouwen als een inbreuk op de arbeidsrechtelijke uitgangspunten voor wat betreft de rol van persoonlijke omstandigheden? Hoe vaak krijgt de werkgever in het algemeen te maken met persoonlijke omstandigheden van werknemers in het arbeidsovereenkomstenrecht, in vergelijking met het arbeidstijden- en verlofrecht vanaf de jaren negentig?

Na beantwoording van deze positiefrechtelijke vragen, kan over de antwoorden een discussie gevoerd worden, die niet alleen positiefrechtelijk is. Die discussie kan bijvoorbeeld gaan over de rechtvaardiging van de ingrepen van de wetgever. Voor zover de arbeidstijden- en verlofregelgeving inderdaad historisch of systematisch gezien een inbreuk was op het systeem tot dan toe, hoe kan deze inbreuk dan worden gerechtvaardigd? Was er sprake van vrije keuze van de wetgever voor deze inbreuk, of werd de invoering ervan ingegeven door hoger recht? Voor zover er sprake was van een vrije keuze, hoe heeft de wetgever deze keuze gerechtvaardigd? Heeft de wetgever

⁴ Zie o.a. Meijers 1912, p. 3; Bakels 1977, p. 416; Betten e.a. 1997; Rood 1998, p. 4; Loonstra en Zondag 2004, p. 33-34; Bakels, Asscher-Vonk en Bouwens 2009, p. 6; Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V*), p. 7, nr. 10. Zie uitvoerig par. 10.3.

een overtuigende rechtsgrond aangedragen? In hoeverre werd de inbreuk gerechtvaardigd door een beroep op grondrechten, bijvoorbeeld ter invulling van het recht op gelijke behandeling, en wat is de relatie met het grondrecht op privacy?

Discussie kan ook gevoerd worden over de mogelijke gevolgen van deze regelgeving. Inmiddels zijn twintig jaar verstreken sinds de eerste wetgeving op dit terrein werd ingevoerd. Stel dat kan worden aangenomen dat de arbeidstijden- en verlofregelgeving zoals ingevoerd vanaf de jaren negentig de grenzen tussen werk en privé inderdaad ingrijpend heeft veranderd. De werkgever heeft in dat geval meer verantwoordelijkheid gekregen voor privé-zaken. Welke betekenis heeft dit gehad voor de arbeidsrelatie? Kan de werkgever thans vaker worden gevraagd rekening te houden met persoonlijke omstandigheden, ook buiten de betreffende wetgeving om? Betekent deze verschuiving van de grenzen tussen werk en privé anderzijds ook dat de werkgever zich dan ook vaker met de invulling van die privé-zaken mag bemoeien? Welke rol speelt hierbij de doorwerking van het grondrecht op privacy? Deze vragen kunnen in het algemeen gesteld worden voor persoonlijke omstandigheden, maar worden hier alleen in de context van conflicten inzake arbeidstijden en verlof beantwoord.

Deze vragen kunnen als volgt samengevat worden. De vragen corresponderen met de drie hoofdonderdelen waarin dit onderzoek is opgedeeld.

Deel I. Historisch deel (hoofdstuk 2 t/m 6)

- In hoeverre is de verantwoordelijkheid van de werkgever voor persoonlijke omstandigheden in regelgeving inzake arbeidstijden en verlof vanaf de jaren negentig historisch gezien bijzonder?

Deel II. Systematisch deel (hoofdstuk 7 t/m 11)

- In hoeverre is de verantwoordelijkheid van de werkgever voor persoonlijke omstandigheden in regelgeving inzake arbeidstijden en verlof vanaf de jaren negentig systematisch gezien bijzonder?

Deel III. Discussiedeel (hoofdstuk 12 t/m 14)

- Voor zover deze wetgeving historisch of systematisch gezien bijzonder was, hoe werd of kan deze wetgeving dan worden gerechtvaardigd?
In hoeverre heeft deze toegenomen verantwoordelijkheid geleid tot enerzijds een ruimere doorwerking van verantwoordelijkheid en anderzijds een toegenomen recht op bemoeienis van de werkgever met privé-zaken van de werknemer, als het gaat om conflicten inzake arbeidstijden en verlof? Welke rol speelt hierbij de doorwerking van het grondrecht op privacy?

1.2 De begrippen 'privé' en 'persoonlijk'

1.2.1 Inleiding

In de tweede paragraaf van dit inleidende hoofdstuk staat de betekenis van het begrip 'privéomstandigheden' centraal. De begrippen 'privé' en 'persoonlijk', en

daarvan afgeleid, 'privé- of persoonlijke omstandigheden' en 'privé- of persoonlijke levenssfeer' worden in het Nederlandse spraakgebruik in ongeveer dezelfde context gebruikt.⁵ Hierna zal ik de begrippen privé en persoonlijk als min of meer uitwisselbaar behandelen. In de loop van dit hoofdstuk kom ik terug op verschillen in de betekenis van de begrippen 'privé' en 'persoonlijk'.

Het begrip 'persoonlijke- of privéomstandigheden' heeft geen duidelijk afgebakende juridische betekenis. Het komt slechts zeer sporadisch voor in de wet (in art. 4:1 lid 1 en art. 4:1a lid 1 Arbeidstijdenwet), en af en toe in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie, met name in ontslagzaken.⁶ Een scherp omlijnde betekenis van het begrip persoonlijke- of privéomstandigheden kan niet worden ontleend aan deze vindplaatsen van dat begrip. Parlementaire geschiedenis, respectievelijk rechtspraak en literatuur hierover levert namelijk slechts een niet limitatieve opsomming van omstandigheden op, die kennelijk als persoonlijk of privé worden gezien.⁷

Een betekenis kan wel worden ontleend aan het woordenboek. Volgens Van Dale⁸ betekent persoonlijk zoveel als 'behorend tot of betrekking hebbend op een bepaald persoon, deze aangaande'. Het woord privé is etymologisch verwant met het latijnse 'privare', dat wil zeggen 'beroven' of 'anderen uitsluiten'. Met name de laatste betekenis is relevant voor dit onderzoek, aangezien privé de betekenis heeft van 'van vertrouwelijke aard, niet voor ieder toegankelijk'. Privé betekent daarnaast 'voor zichzelf, uit eigen beurs'. Privésfeer ten slotte wordt aangeduid als 'denkbeeldig gebied waarin privé zaken thuishoren', terwijl privéleven wordt aangeduid als 'het private leven, buiten de werkkring'.

Uit de bovenstaande omschrijvingen uit Van Dale blijken drie betekenissen van het woord of het voorvoegsel 'privé'. De eerste betekenis is gelieerd aan de indeling van de belevingswereld in sferen: de privésfeer, de openbare sfeer, de zakelijke sfeer, en eventueel nog andere sferen. Dit noem ik de descriptieve betekenis. Deze betekenis wordt toegelicht in de volgende paragraaf. De tweede betekenis kan worden aangeduid als 'eigen risico'. De derde betekenis duidt op een afweerrecht tegen inmenging. De tweede en derde betekenis hebben een normatieve lading. Zoals nog zal blijken, zijn ze te begrijpen als een uitdrukking van de gedachte dat wat uit de persoonlijke levenssfeer komt, daar ook moet blijven. Deze twee betekenissen samen noem ik gezamenlijk de normatieve betekenis. De normatieve betekenis wordt toegelicht in par. 1.2.3.

1.2.2 *Privésfeer, werksfeer en openbare sfeer*

Menselijke ervaringen kunnen worden geordend naar levenssfeer. Een veel gehanteerde ordening is de ordening tussen persoonlijke levenssfeer en openbare sfeer. Dit

5 Uit de lemma's 'persoonlijk', 'privé', 'privaat' en 'particulier' in Van Dale blijkt de uitwisselbaarheid van deze termen. Geraadpleegd is de uitgave van 1995.

6 O.a. HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 (Schrijvers/Van Essen). Zie nader par. 9.7.3 en 9.7.5.

7 Zie hierover nader par. 3.4.2 en 3.4.3.

8 Geraadpleegd is de uitgave van 1995.

onderscheid heeft een belangrijke rol gespeeld in politieke filosofieën vanaf de Verlichting.⁹ Volgens die dichotomie is de private sfeer de sfeer van de burgerlijke vrijheden, terwijl de publieke sfeer betrekking heeft op staat en politiek. In onze tijd speelt dit onderscheid met name in de Amerikaanse cultuur nog steeds een grote rol.¹⁰

Het onderscheiden van een afgescheiden zakelijke of economische levenssfeer als aparte sfeer is van relatief recente datum, en dit onderscheid wordt ook niet altijd gemaakt. Zakelijke activiteiten maken in de klassieke literatuur nu eens deel uit van de persoonlijke levenssfeer,¹¹ dan weer (deels) van de publieke.¹² Vanaf de tweede helft van de vorige eeuw werd in sommige studies echter ook een aparte economische sfeer gedefinieerd.¹³ De persoonlijke levenssfeer wordt in die driedeling beperkt tot een intieme sfeer die geassocieerd wordt met bijvoorbeeld emoties, lichamelijke behoeftes en affectieve relaties.¹⁴

Het aantal sferen kan in theorie worden uitgebreid of opgesplitst, zoals religieuze sfeer, recreatiesfeer, criminele sfeer, opleidingsfeer, etc.¹⁵ De opdeling in sferen die in een bepaalde samenleving door de meeste mensen wordt gehanteerd, zal echter niet willekeurig zijn. Het geeft een bepaalde visie weer volgens welke bepaalde handelingen en relaties het meest essentieel of kenmerkend worden gevonden voor deze maatschappij, terwijl die zaken tegelijkertijd als (min of meer) gescheiden worden ervaren. Kennelijk staan in de huidige westerse maatschappij in de beleving van velen wonen, werken en besturen of bestuurd worden centraal, en worden die drie zaken als min of meer gescheiden ervaren. In deze studie zal ik daarom uitgaan van de notie dat er onderscheid gemaakt kan worden tussen een persoonlijke sfeer, een zakelijke sfeer en een openbare sfeer.

Met elk van die drie sferen worden bepaalde locaties, onderlinge relaties en handelingen geassocieerd. De typische locatie voor de privésfeer is het woonhuis,¹⁶ voor de zakelijke sfeer de werkplaats of het kantoor. Voor de openbare sfeer zou het de openbare weg, het gemeenschapshuis of het parlamentsgebouw kunnen zijn.

9 Vgl. Pessers 2003, p. 3 en p. 39. Volgens haar wordt het onderscheid wel 'the Great Divide' genoemd. Zie ook Amaya-Castro 2010, hoofdstuk 2.2, met een overzicht van de rol van deze dichotomie bij de 'liberale' politieke filosofen Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Hegel, Bentham en Habermas, en hoofdstuk 3 met een weergave van de kritiek van Marx, de Amerikaanse Critical Legal Studies en feministische kritieken.

10 Zie Freeman en Mensch 1987, p. 237: "Nothing is more central to our experience in American culture than the split between public and private." Zij constateren meteen dat dat in bijvoorbeeld Canada veel minder het geval is.

11 Bijvoorbeeld Ahrendt 1998, p. 58; Canovan 1974, p. 61.

12 Zie bijvoorbeeld het citaat van Abraham Kuyper dat fungeert als motto van dit onderzoek.

13 Zie het beknopte overzicht van sociologische theorieën, onder andere van de Duitse filosofen Adorno en Habermas, volgens welke het economische leven het private leven steeds meer gaat overheersen in de loop van de twintigste eeuw: Wiltshagen en Grünell 1999, p. 234-235. Ook Van Dale onderscheidt het privéleven van de werkkring.

14 Zie Pessers 2003, p. 5 en p. 41. Blijkens hoofdstuk 6 onderscheidt Pessers ook geen aparte zakelijke sfeer, maar een persoonlijke sfeer, een publieke sfeer en een politieke sfeer.

15 Zie Walzer 1983.

16 Het huisrecht is een van de oudste grondrechten en wordt gezien als de voorloper van het recht op privacy. Zie Blok 2002, p. 44.

Relaties in de persoonlijke sfeer zijn voornamelijk affectief en wederkerig,¹⁷ terwijl relaties in de zakelijke sfeer afstandelijker zijn en gericht op materiële positieverbetering, met andere woorden, functioneel. Relaties in de openbare sfeer zijn vaak anoniem. Handelingen in de persoonlijke sfeer hebben te maken met behoeftebevrediging in ruime zin van de persoon zelf en diens geliefden. Handelingen in de zakelijke sfeer hebben te maken met het verwerven van inkomen. Handelingen in de openbare sfeer kunnen bestaan uit activiteiten in dienst van, gericht op, of gericht tegen een anonieme gemeenschap.

Op grond hiervan is een omschrijving van de betekenis van het begrip 'privéleven' mogelijk, waarin het privéleven bestaat uit 'alles wat iemand thuis doet'. Preciezer gesteld kan de volgende descriptieve definitie van privésfeer gegeven worden:

De privésfeer omvat niet aan het openbare leven of aan de zakelijke sfeer gerelateerde activiteiten, gebeurtenissen, omstandigheden, verantwoordelijkheden en behoeftes van de werknemer, die zich afspelen binnen of betrekking hebben op de eigen woning, het gezin, de familie, of andere affectieve verbintenissen en sociale contacten, en voorts die betrekking hebben op het individu in de vorm van lichamelijke integriteit, gezondheid, welzijn, zelfontplooiing, vrijetijdsbesteding en levensstijl.

Let wel, al die zaken kunnen zich meestal wel voordoen in alledrie de sferen. Werken en wonen kan in dezelfde ruimte plaatsvinden, liefde duikt ook op op de werkvloer. Van belang is echter dat we al die zaken kenmerkend achten voor één bepaalde sfeer, ook al doen ze zich elders voor. De indeling van bepaalde zaken in sferen is daarbij uiteraard niet rigide en welomschreven. Onder invloed van maatschappelijke veranderingen kan de indeling van een bepaald fenomeen in een sfeer gaan schuiven of niet meer exclusief aan een bepaalde sfeer toegekend worden.

1.2.3 'Privé' als normatief begrip

Deze indeling van zaken in de privésfeer of aan andere sferen komt niet altijd overeen met de andere, normatieve betekenissen van het woord privé. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Men zou een omstandigheid als ziekte als privéomstandigheid kunnen aanmerken, omdat het immers betrekking heeft op het welzijn van het individu, en dat valt binnen de descriptieve definitie. Maar zeg tegen een werknemer, wiens ziekte is veroorzaakt door een fout van zijn werkgever, dat zijn ziekte een privéomstandigheid is, en hij zal u achterdochtig aankijken. 'Hoe bedoelt u, privé? Het was toch mijn schuld niet?' Zeg tegen diezelfde werknemer, dat hij zijn ziekte met de werkgever moet bespreken omdat die hem immers op grond van art. 7:658a BW moet helpen bij zijn herstel, en hij zal wellicht zeggen: 'Maar dat is privé'. Bij de eerste opmerking is hij bevreesd dat de spreker bedoelt, dat hij zijn werkgever niet met succes aansprakelijk kan stellen, dat zijn ziekte dus binnen

17 Blok 2002, p. 58, noemt dit "het intieme leven". Ook de regering merkt op dat voor hetgeen tot de persoonlijke levenssfeer gerekend moet worden "de aard en mate van intimiteit van hetgeen omtrent een ander wordt waargenomen of gepubliceerd van groot gewicht is" (*Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 41).

zijn eigen risico valt. Bij de tweede opmerking zal hij bedoelen, dat de werkgever niets te maken heeft met de details van zijn aandoening, dat hij dus een afweerrecht tegen inmenging in zijn ziekte heeft. Zijn werkgever zal dat wellicht bestrijden. Kortom, ondanks het feit dat ziekte als omstandigheid binnen de descriptieve definitie van privésfeer valt, wil men dat predikaat er soms niet op plakken vanwege bepaalde daaraan gekoppelde gevolgen.

Het woord privé heeft derhalve naast een verwijzing naar de privésfeer in descriptieve zin, tevens een normatieve lading.¹⁸ Het gebruik van het woord privé geeft aan dat er volgens de spreker een grens gerespecteerd moet worden. Soms zal de spreker daarmee trachten de bemoeienis van derden te verbieden. Het predikaat 'privé' geeft dan aan dat er volgens hem een afweerrecht is tegen inmenging. Soms zal de spreker juist trachten om de verantwoordelijkheid van derden voor die kwestie uit te sluiten. Het predikaat privé geeft dan aan dat een persoon het risico voor een omstandigheid waarin hij verkeert volgens de spreker zelf moet dragen.

Dat leidt tot de volgende normatieve omschrijving van het begrip 'privéomstandigheden':

Privéomstandigheden zijn omstandigheden waar derden zich niet mee mogen bemoeien en/of waarvan men de gevolgen in beginsel zelf moet dragen.

De normatieve lading van het begrip privé kan worden begrepen door te bedenken dat de indeling van de belevingswereld in sferen vermoedelijk door velen niet alleen als een ervaringsfeit wordt gezien, maar tevens als normatief. Handelingen, relaties en omstandigheden die kenmerkend geacht worden voor één sfeer, behoren volgens die beleving in beginsel ook in die sfeer te blijven. Dit geldt met name voor de privésfeer. Die sfeer wordt namelijk bij uitstek gezien als de besloten sfeer.¹⁹ Enerzijds betekent dat, dat men vindt dat deze sfeer beschermd moet worden tegen invloeden van buitenaf, bijvoorbeeld invloeden uit de openbare sfeer of de werksfeer. Daarom erkent men veelal een recht op privacy.²⁰ Anderzijds koppelt men aan die normatieve scheiding vaak tegelijkertijd dat omstandigheden uit de privésfeer niet tussenbeide mogen komen in de werksfeer of openbare sfeer, en dientengevolge voor risico moeten blijven van de persoon in die omstandigheden. Door de normatieve kracht van de indeling van de belevingswereld in sferen, wordt aan de constatering dat

18 Zie Pessers 2003, p. 40: een veelgehoorde kritiek op het onderscheid tussen publiek en privaat is nu juist dat dit onderscheid in hoge mate ideologisch is. Deze kritiek komt bijvoorbeeld van marxisten (waar het gaat om de tegenstelling staatsingrijpen – burgerlijke vrijheid) en feministen (waar het gaat om de tegenstelling binnenshuis-buitenshuis). Vgl. Amaya-Castro 2010, hoofdstuk 3 en 7.

19 Het feit dat überhaupt de notie van een indeling in sferen bestaat wordt ook wel toegeschreven aan de behoefte van de mens om bepaalde zaken verborgen te houden, uit schaamte of als 'ventiefunctie' voor het ingewikkelde openbare leven, etc. Nieuwenhuis 2001, hoofdstuk 2; Ahrendt 1998, p. 73. Vgl. ook Pessers 2003, p. 41, die evenwel constateert dat dat besloten karakter van het persoonlijke aan het eroderen is: 'het publieke en politieke wordt door het persoonlijke gekoloniseerd' (p. 49).

20 Een belangrijk aspect van het recht op privacy is het afweren van inmenging van buitenaf. Zie over de diverse aspecten van het recht op privacy ook par. 14.2.1.

zaken thuishoren in de privésfeer volgens de descriptieve definitie vaak automatisch een afweerrecht en een eigen risico gekoppeld. Deze koppeling vindt echter niet altijd plaats en is ook niet logischerwijs noodzakelijk.²¹

Nog een iets andere invulling van de normatieve lading van het begrip privé blijkt uit het volgende. In het Nederlandse spraakgebruik wordt een onderscheid tussen de begrippen 'privé' en 'persoonlijk' niet consequent gemaakt. De begrippen 'privéomstandigheden' en 'persoonlijke omstandigheden' worden door elkaar gebruikt. Toch hebben de begrippen soms een iets andere betekenis.

De Hoge Raad duidt 'leeftijd' aan als persoonlijke omstandigheid die moet worden meegewogen bij de vraag of een ontslag op staande voet rechtsgeldig is.²² Het ligt niet voor de hand om leeftijd ook als 'privé'-omstandigheid aan te duiden, tenzij men zijn leeftijd geheim wil houden, een betekenis die door de Hoge Raad in deze uitspraak niet wordt bedoeld. Wat de Hoge Raad eerder zal bedoelen is de invloed die de leeftijd van de werknemer heeft op de ingrijpendheid van het ontslag, bijvoorbeeld omdat leeftijd samenhangt met de arbeidsmarktpositie van de werknemer. Het begrip persoonlijke omstandigheid kan, zo kan uit dit voorbeeld worden afgeleid, ook de betekenis hebben van 'kenmerkend voor de bijzondere positie van een persoon'. Zoals vermeld betekent persoonlijk volgens Van Dale dan ook zoveel als 'behorend tot of betrekking hebbend op een bepaald persoon, deze aangaande'. Het begrip privé kan ook die invulling krijgen. Bijvoorbeeld de omstandigheid 'alleenstaand ouderschap' kan worden aangemerkt als persoonlijke omstandigheid, maar ook, met dezelfde betekenis, als privéomstandigheid.²³ Die ruimere betekenis heeft het begrip privéomstandigheid echter niet altijd, getuige het voorbeeld van leeftijd.

Als een eigenschap of kenmerk 'persoonlijk' of 'privé' wordt genoemd, kan men daarmee dus ook bedoelen dat de drager van deze eigenschap in een relevant opzicht verschilt van andere personen. Dat heeft soms alleen een beschrijvende functie, bijvoorbeeld om aan te geven over wie men het heeft. Het kan echter ook een manier zijn om aan te geven dat de drager ervan afwijkt van een als 'normaal' benoemde situatie. Dat kan de gemiddelde of de meest voorkomende situatie zijn.²⁴

21 Normen zijn immers logisch gezien nooit noodzakelijk gekoppeld aan bepaalde feiten, maar steeds voor discussie vatbaar, afgezien van een keuze voor koppeling van normatieve gevolgen aan feiten, bijvoorbeeld in het recht of volgens afspraak.

22 HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 643 (*Schrijvers/Van Essen*).

23 Bij de vraag of een ontslag op staande voet rechtsgeldig is kan ook meewegen het feit dat iemand alleenstaande moeder is, zie HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250 (*Hyatt*). Die omstandigheid is kenmerkend voor de bijzondere positie van een persoon, en valt bovendien binnen de descriptieve definitie van privésfeer. Deze omstandigheid kan dus zowel privé als persoonlijk worden genoemd.

24 Een voorbeeld kan dit verduidelijken. De eigenschap dat iemand ziek wordt van de blootstelling aan asbest wordt niet 'persoonlijk' genoemd, want voor zover we weten hebben alle mensen deze eigenschap gemeen. De eigenschap dat iemand bijvoorbeeld allergisch is voor bepaalde haarverfmiddelen kan wel als een 'persoonlijke omstandigheid' worden aangeduid, als de meeste mensen wel tegen die middelen kunnen.

Dit kan normatieve implicaties hebben. Men kan bewust of onbewust een risico-verdeling koppelen aan het onderscheid tussen het voldoen aan een bepaalde norm, of het afwijken daarvan. Zo kan men van mening zijn, dat de werkgever 'eigenlijk' alleen verantwoordelijk is voor risico's die de 'gemiddelde' werknemer loopt. Of men kan juist van mening zijn, dat bijzondere kenmerken een bijzondere bescherming rechtvaardigen. Ook deze normatieve koppeling is niet logisch dwingend of noodzakelijk.

De normatieve betekenis van het begrip privé lijkt de zaken onnodig te compliceren. Kunnen we niet zonder? Kunnen we niet volstaan met een descriptieve definitie? Het probleem is ten eerste, dat de descriptieve definitie niet precies genoeg is. De indeling van de beleavingswereld in sferen is ten eerste geen exacte wetenschap²⁵ maar een vage, cultureel bepaalde, veranderlijke, intuïtief gemaakte indeling. De persoonlijke levenssfeer is bijvoorbeeld niet gebonden aan een locatie.²⁶ Een deel van wat we tot de persoonlijke levenssfeer rekenen is immers verbonden met een persoon, zoals lichamelijke integriteit, welzijn, gezondheid en zelfontplooiing. Die neemt de persoon altijd mee, ook buiten de privésfeer van de woning. Over die aspecten kan twijfel rijzen of deze wel (uitsluitend) geassocieerd kunnen worden met de privésfeer, en zo ja, wanneer.

Belangrijker nog in mijn ogen is, ten tweede, dat de precieze afbakening van de privésfeer alleen van belang zal zijn vanwege de daaraan gekoppelde normatieve gevolgen. Moet een bepaalde kwestie al dan niet verborgen blijven? Moet een bepaalde omstandigheid al dan niet voor eigen risico komen? De discussie over het begrip privé wordt helderder als die normatieve vragen expliciet gesteld worden. Als dat achterwege blijft, blijven de vragen, welke normatieve, al dan niet juridische, gevolgen gekoppeld zouden moeten worden aan een descriptieve definitie van 'privésfeer', en waarom, onbeantwoord.²⁷

Het aanduiden van bepaalde omstandigheden als privéomstandigheden of persoonlijke omstandigheden in descriptieve zin is soms desalniettemin zeer gangbaar. Dat is bijvoorbeeld het geval voor omstandigheden die te maken hebben met de gezinssituatie van een persoon en de organisatie van dat gezinsleven, zoals waar men woont, of men kinderen heeft en wie er voor die kinderen zorgt. De arbeidstijden- en verlofwetgeving in de jaren negentig zag juist overwegend op het faciliteren van de combinatie van arbeid en zorg. Het zal in het Nederlandse taalgebied vermoedelijk zelden verbazing wekken als dergelijke omstandigheden worden aangeduid als privéomstandigheden. In het vervolg van dit onderzoek zal ik

25 Pessers 2003, p. 39-40: het empirische karakter van het onderscheid tussen sferen is gering.

26 Zie Blok 2002, p. 112.

27 De descriptieve afbakening zou positiefrechtelijk gezien wel doorslaggevend kunnen zijn, als de wetgever dat zou hebben gewild, bijvoorbeeld als die zou hebben gezegd: er is een recht op aanpassing van arbeidstijden aan persoonlijke omstandigheden, en daarmee wordt bedoeld zorgtaken voor kinderen jonger dan 4 jaar. De wetgever heeft dergelijke beperkende aanwijzingen echter nergens gegeven als het gaat om de invulling van het begrip persoonlijke omstandigheden.

deze aanduiding soms zelf ook hanteren als dat in de context van het verhaal niet problematisch is. Het hele onderzoek is er echter op gericht om de normatieve lading die aan de aanduiding van dergelijke omstandigheden als privéomstandigheden wordt gekoppeld, ter discussie te stellen.

1.2.4 *Invulling van de normatieve betekenis*

De afbakening van de privésfeer is gelet op het voorgaande deels een normatieve aangelegenheid die te maken heeft met risicoverdeling. Een risicoverdeling kan ook worden uitgedrukt als de uitkomst van een belangenafweging, zoals regels in het algemeen kunnen worden aangemerkt als uitkomst van een belangenweging. Aan de ene kant van de afweging staan in dit geval uiteraard de belangen van de werknemer, die 'persoonlijk' kunnen worden genoemd. Aan de andere kant van de afweging kunnen allerlei andere belangen staan, zoals de belangen van de werkgever, of meer algemene belangen zoals het belang van rechtszekerheid of het belang bij onbelemmerd handelsverkeer en ondernemingsvrijheid.

Het is denkbaar om de risicoverdeling of de belangenafweging die tot uitdrukking komt in het positieve arbeidsrecht als maatstaf te nemen voor het aanmerken van bepaalde omstandigheden of belangen als 'privé' of als 'werkgerelateerd'. Daarbij zou alles waar de werkgever verantwoordelijk voor is ten gunste van de werknemer, als 'werkgerelateerd' aangemerkt worden en alles waar hij niet verantwoordelijk voor is als 'privé'. Dit is echter zinloos voor deze studie. De werkgever die zich beklaagt over het feit dat hij wettelijke verantwoordelijkheden heeft voor zaken die 'eigenlijk' privé zijn, zou dan namelijk als antwoord op zijn klacht te horen krijgen, dat die zaken niet 'privé' zijn omdat hij er volgens het arbeidsrecht immers verantwoordelijk voor is. Als het positieve arbeidsrecht de maatstaf zou zijn, is er, met andere woorden, geen ruimte voor de constatering dat er een discrepantie is tussen de 'eigenlijke' verdeling van werk- en privérisico's en de verdeling van werknemers- en werkgeversrisico's in het positieve arbeidsrecht.

De discrepantie die, zo bleek in par. 1.1, wordt ervaren tussen de normen die 'eigenlijk' gelden en de normen in het in de jaren negentig ingevoerde arbeidstijden- en verlofrecht, is juist de aanleiding voor dit onderzoek. Zonder die discrepantie was er geen constatering dat er sprake is van 'privétisering' van de arbeidsovereenkomst. Zonder die discrepantie was er wellicht ook geen vrees, dat werkgevers zullen proberen zich te onttrekken aan verantwoordelijkheden voor zaken die in hun ogen privé zijn, of dat zij zich door hun verantwoordelijkheden zullen bemoeien met die privé-zaken. Deze discrepantie kan ook worden uitgedrukt als de overtuiging, dat wat op een bepaald moment rechtens de verantwoordelijkheid is van de werkgever, 'eigenlijk' voor risico van de werknemer moet blijven.

Maar wat valt er dan inhoudelijk te zeggen over wat 'eigenlijk' in de privésfeer van de werknemer valt of zou moeten vallen?

De vraag welke risico's 'eigenlijk' privé zijn is niet empirisch vast te stellen, juist omdat het een normatieve kwestie is. De vraag welke maatschappelijke opvattingen er zijn over de risico's die eigenlijk voor rekening van de werknemer moeten komen, is wel empirisch vast te stellen. Hiervoor is in dit onderzoek evenwel niet gekozen. Behalve het feit dat dit een heel ander onderzoek zou vergen, kan men betwijfelen of een dergelijk onderzoek een bruikbaar consistent beeld op zou leveren.

Ter onderbouwing daarvan het volgende. Er leven vermoedelijk allerlei verschillende overtuigingen in de maatschappij, die op het vlak van de vraag welke risico's 'eigenlijk' voor rekening van een werknemer moeten komen, niet eensluidend zijn. De risicoverdeling tussen mensen, of, anders gesteld, de mate waarin mensen solidair moeten zijn met elkaar, is immers bij uitstek een onderwerp waar mensen over van mening verschillen. Zo gaat een deel van de Nederlandse bevolking misschien uit van een individualistisch mensbeeld, waarin men slechts verantwoordelijk is voor zichzelf, en die verantwoordelijkheid ten volle moet dragen als het tegenvalt. Daaruit kan voortvloeien de opvatting dat persoonlijke omstandigheden niet ter verontschuldiging kunnen dienen, en zeker niet in een zakelijke omgeving. Een ander deel van de bevolking beschouwt mensen wellicht veel meer als deel van een gemeenschap, waarin mensen een zorgplicht voor elkaar of voor een hoger doel hebben, en elkaar daar ook op aan kunnen spreken. Daaruit kan voortvloeien dat mensen rekening behoren te houden met elkaars omstandigheden, al dan niet in een zakelijke omgeving. De eerste opvatting wordt wel benoemd als een liberale opvatting. De tweede opvatting is terug te vinden in diverse levensbeschouwelijke stromingen, zoals het christendom, het socialisme of het communitarisme.²⁸ Zoals bekend kennen de genoemde levensbeschouwelijke stromingen in Nederland hun vertegenwoordigers in politieke en maatschappelijke organisaties, zoals politieke partijen en werkgevers- en werknemersverenigingen. Geen van de bedoelde stromingen is duidelijk dominant in het Nederlandse politieke bestel.²⁹ Bovendien zullen de opvattingen van mensen daarover in de loop der tijd ook veranderen.

Voor dit onderzoek is gekozen voor een benadering, waarin de afweging tussen persoonlijke belangen en andere belangen in het arbeidstijden- en verlofrecht vanaf midden jaren negentig op twee manieren in kaart wordt gebracht. Ten eerste wordt de introductie van deze rechten geplaatst in een historische context. Bekeken wordt, op welke manier de persoonlijke belangen betrokken bij arbeidstijden en verlof in het verleden zijn afgewogen tegen andere belangen door de wetgever, hoe dit tot uitdrukking kwam in het recht, en hoe dit recht zich heeft ontwikkeld. Ten tweede

28 Zie voor een beschrijving van een deel van deze stromingen in Nederland De Beus en De Rooy 1996. De driehoek uit de titel bestaat uit liberalen, confessionelen en sociaal-democraten. Zie voor het communitarisme Etzioni 1996. Voormalig CDA-leider en premier J.P. Balkenende vond inspiratie in zijn leer (T. Houwen, *De fluisteraar van Balkenende*, Trouw Verdieping 13 juni 2007).

29 Vgl. De Beus en De Rooy 1996, p. 11, die spreken over de 'grote driedeling in de Nederlandse politiek'. De driedeling, die internationaal gezien allerm minst uitzonderlijk is, is volgens hen ontstaan in de negentiende eeuw, en is inmiddels minder sterk ideologisch gekleurd maar nog steeds herkenbaar (p. 11 en p. 57).

wordt de introductie van speciale rechten op het gebied van arbeidstijden- en verlofrecht vanaf midden jaren negentig geplaatst in een systematische context. Bekeken wordt, welke afweging tussen persoonlijke belangen en andere belangen doorgaans wordt gemaakt in belangrijke leerstukken in het arbeidsovereenkomstenrecht, en op welke manier het arbeidstijden- en verlofrecht vanaf midden jaren negentig daarvan afwijkt.

1.2.5 Conclusie

Een privéomstandigheid is een omstandigheid die zich voordoet in de persoonlijke levenssfeer. In eerste instantie lijkt die sfeer op een 'feitelijke' manier omschreven te kunnen worden. Privéomstandigheden zijn omstandigheden die te maken hebben met de woning, behoeftebevrediging en affectieve verbintenissen. Op zoek naar de grenzen van deze persoonlijke levenssfeer, blijkt echter dat dit begrip uiteindelijk (ook) een normatieve lading heeft. De normatieve lading zegt enerzijds iets over een afweerrecht tegen inmenging door derden, en anderzijds iets over het eigen risico van de persoon in die bepaalde omstandigheden. Op de vraag wanneer iemand zich met een ander mag bemoeien, en wanneer men een risico zelf moet dragen, zijn verschillende antwoorden denkbaar.

Het begrip persoonlijke omstandigheid en privéomstandigheid kan de nadere betekenis hebben van 'kenmerkend voor de bijzondere situatie van een persoon'. Het begrip persoonlijke omstandigheid is daarbij iets ruimer dan het begrip privéomstandigheid. Met de term persoonlijke kenmerken kunnen, maar hoeven geen kenmerken te worden aangeduid die geassocieerd worden met omstandigheden uit de privésfeer in descriptieve zin. Het kunnen namelijk kenmerken zijn waardoor de drager ervan afwijkt van een bepaalde situatie die als normaal of gemiddeld wordt benoemd. Dit onderscheid tussen de norm en een afwijking daarvan kan eveneens een normatieve lading hebben, die verschillend kan worden ingevuld.

De vraag naar de grenzen tussen werk en privé in de context van de arbeidsrelatie kan derhalve deels worden aangemerkt als een vraag naar de risicoverdeling voor persoonlijke omstandigheden in de arbeidsrelatie. Een risicoverdeling kan vervolgens worden gezien als de uitkomst van een afweging tussen de belangen van de werkgever en de (privé)belangen van de werknemer.

1.3 Leeswijzer

De grenzen tussen werksfeer en privésfeer worden, zo is in het voorgaande gebleken, in de context van de arbeidsrelatie onder andere getrokken door het vaststellen van een risicoverdeling tussen de werkgever en de werknemer. Een zekere invulling van deze afweging ligt besloten in het positieve recht. Nieuwe regels kunnen inbreuk maken op die invulling, en dat kan het geval zijn bij de nieuwe arbeidstijden- en verlofregels. In dit onderzoek staat de vraag centraal, in hoeverre dat het geval is. Dit wordt bestudeerd vanuit een historische en een systematische invalshoek.

Het positieve arbeidsrecht is uiteraard te lezen als een risicoverdeling tussen de werkgever en de werknemer. In deel I (hoofdstuk 2 t/m 6) wordt de historische ontwikkeling van de positiefrechtelijke risicoverdeling met betrekking tot de bescherming van tijd voor privé-zaken beschreven. Na een inleiding op het historische deel in hoofdstuk 2, gaat hoofdstuk 3 over arbeidstijd in het algemeen. Hoofdstuk 4 gaat over de positie van de werknemer met zorgtaken. Hoofdstuk 5 gaat over de vraag, in hoeverre de opkomst van de bijzondere arbeidstijden- en verlofrechten vanaf midden jaren negentig te maken had met het beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen, dat vanaf midden jaren zeventig deel is uit gaan maken van het arbeidsrecht. De reden dat dit in een apart hoofdstuk wordt behandeld, is omdat dit een afzonderlijk leerstuk betreft dat het beste in onderlinge samenhang besproken kan worden. Het hoofdstuk gaat echter net als hoofdstuk 4 over de positie van de werknemer met zorgtaken. Ten slotte wordt in een hoofdstuk 6 een conclusie van deel I gegeven over de vraag, welke bijzondere aspecten het in de jaren negentig ingevoerde arbeidstijden- en verlofrecht historisch gezien had.

Van een deel van het huidige arbeidstijden- en verlofrecht wordt gezegd dat de werkgever daarmee verantwoordelijk is geworden voor zaken die 'eigenlijk' privé zijn. Daarbij heeft men kennelijk een andere risicoverdeling op het oog dan de positiefrechtelijke. Wellicht is deze 'eigenlijke' risicoverdeling geïnspireerd op de risicoverdeling in het algemene contractenrecht of op een risicoverdeling die gebruikelijk is of was in het arbeidsrecht. In deel II wordt bestudeerd, welke risicoverdeling overwegend wordt aangetroffen in het 'systeem' van het algemene contractenrecht en het arbeidsrecht. Anders geformuleerd gaat het om de vraag, hoe de afweging van werkgeversbelangen tegen persoonlijke belangen doorgaans wordt gemaakt in het algemene contractenrecht, respectievelijk het arbeidsrecht, en in hoeverre die afwegingen afwijken van de afweging in het in de jaren negentig ingevoerde arbeidstijden- en verlofrecht.

Na een inleidend hoofdstuk 7, wordt met een schets van de risicoverdeling in het algemene contractenrecht in hoofdstuk 8 als het ware het raamwerk van een 'neutrale' risicoverdeling tussen twee contractspartijen neergezet. Door deze risicoverdeling in het algemene contractenrecht op min of meer dezelfde hoofdpunten te vergelijken met de risicoverdeling in het arbeidsrecht, wordt in hoofdstuk 9 onderzocht wat de bijzondere aspecten van het arbeidsovereenkomstenrecht zijn. Hoe ligt, in hoofdlijnen, de risicoverdeling tussen werkgevers en werknemers? In hoofdstuk 10 wordt aansluiting gezocht bij opvattingen in de arbeidsrechtelijke doctrine voor de vraag, welke risicoverdeling doorgaans wordt aangetroffen in het arbeidsrecht als het gaat om de afweging tussen werkgeversbelangen en (al dan niet persoonlijke) belangen van de werknemer. Ten slotte wordt in hoofdstuk 11 een conclusie bij deel II getrokken over de vraag of het arbeidstijden- en verlofrecht vanaf begin jaren negentig systematisch gezien bij de bijzondere risicoverdeling in het arbeidsrecht past, of er juist in belangrijke mate van afwijkt.

Het onderzoek wordt afgesloten met een discussiedeel III. Na een inleidend hoofdstuk 12, wordt in hoofdstuk 13 stilgestaan bij de vraag, welke rechtvaardiging

er is voor het verschuiven van de grenzen tussen werk en privé in het arbeidstijden- en verlofrecht vanaf begin jaren negentig. Deze rechtvaardiging wordt mede gezocht in het grondrecht op gelijke behandeling tussen man en vrouw, en het grondrecht op privacy. In hoofdstuk 14 wordt een standpunt ingenomen over de vraag, op welke wijze het grondrecht op privacy kan of moet doorwerken in de arbeidsrelatie, in het bijzonder voor wat betreft bemoeienis met privé-zaken als het gaat om arbeidstijden en verlof. Daarbij komt aan de orde de vraag of de 'privétiseringsrevolutie' ertoe heeft geleid, of ertoe zou kunnen leiden, dat persoonlijke belangen voortaan veel zwaarder wegen als het gaat om conflicten over arbeidstijden en verlof.

Ten slotte wordt in hoofdstuk 15 het betoog samengevat en een algemene conclusie op de onderzoeksvragen gepresenteerd.

Het onderzoek dat aan dit proefschrift ten grondslag ligt is afgesloten op 26 december 2010.

1.4 Methode

Het onderzoek is verricht door verzameling van materiaal over het thema 'privé en werk' in de voor juristen gebruikelijke bronnen: wetgeving, parlementaire geschiedenis, rechtspraak en commentaar op deze bronnen in de juridische literatuur. Voorts is voor historische en conceptuele inleidingen over dit thema gebruik gemaakt van historische, sociologische en filosofische literatuur.

Naast het verzamelen van het juridische relevante materiaal is de belangrijkste onderzoekscomponent voor juristen de analyse. Leidende gedachte in het gebruikte analytische referentiekader is de aanname, dat het (privaat)recht de uitdrukking is van een belangenafweging.³⁰ Het kan gaan om maatschappelijke, ideële of economische belangen, maar ook om particuliere belangen. Deze belangenafweging kan door verschillende actoren worden gemaakt: de wetgever, de rechter, of door rechtzoekenden zelf.

Er zijn verschillende manieren om uitdrukking te geven aan die belangenafweging. De belangenafweging in de wet kan tot uitdrukking komen in dwingend recht of regelend recht, in meer of minder open normen. Dwingend recht zonder open normen 'fixeert' de belangenafweging die de wetgever heeft gemaakt. Regelend recht geeft meestal een bepaalde voorkeur voor bepaalde belangen ten nadele van andere belangen, maar houdt de mogelijkheid open dat partijen (of de rechter) afwijken van de gegeven voorkeur. Open normen zijn soms helemaal neutraal ten aanzien van mogelijke betrokken belangen. Soms bevatten ze een bepaalde hiërarchie van belangen, bijvoorbeeld door middel van een bewijslastverdeling, maar daarbij wordt de mogelijkheid opengelaten dat van die hiërarchie in een concreet geval wordt afgeweken.

30 Zie over deze benadering o.a. het themanummer 'Belangenafweging door de rechter' in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2006/4, met onder andere de bijdrage van Smits 2006. Smits plaatst de rechtstheoretische oorsprong van deze benadering in de Interessenjurisprudenz van Von Jhering en Heck (p. 134).

Een belangenafweging door de rechter komt vooral aan de orde bij de invulling van min of meer open normen of vage normen.³¹ De rechter kan die open normen in een concreet geval invullen door middel van een openlijke afweging van belangen in de gegeven omstandigheden. In de westerse rechtvindingsstraditie vanaf de Verlichting worden autonoom gemaakte belangenafwegingen door een rechter echter veelal met enige argwaan benaderd.³² De rechter kan het maken van een openlijke belangenafweging op verschillende manieren voorkomen. Hij kan bijvoorbeeld de beslissing nemen op grond van 'procedurele' aspecten van het geschil (zorgvuldigheid, waarschuwingsplicht, informatieplicht, etc.).³³ Hij kan ook volstaan met het geven van een bewijslastverdeling. Daarnaast maakt de Hoge Raad gebruik van de methode van de opsomming van gezichtspunten,³⁴ waarmee door het aangeven van relevante omstandigheden op min of meer verholde wijze een aanwijzing wordt gegeven voor de weging van daarmee in verband staande belangen. Ook wordt wel gewezen op de 'vergelijkingsmethode', waarbij de rechter een gegeven geval kan plaatsen op een glijdende schaal tussen twee uitersten.³⁵ De rechter kan ten slotte zelf een 'gefixeerde' afweging van belangen geven door een vuistregel te formuleren voor de oplossing van een bepaalde categorie van gevallen. Deze fixaties, in de literatuur ook wel categorisaties genoemd,³⁶ komen met name voor bij hoge rechterlijke colleges als de Hoge Raad en het Hof van Justitie EG.³⁷ Hoewel de rechter bij al deze oplossingen voor het invullen van open normen geen openlijke belangenafweging maakt, moet ook voor het maken van dergelijke regels een belangenafweging gemaakt worden.³⁸

Het analytische referentiekader van de belangenafweging brengt mee dat ik veelal eerst op de gangbare manier het geldende recht beschrijf, maar daarna een samenvatting geef waarin ik een oordeel geef over de rangschikking van bepaalde belangen die naar mijn mening tot uitdrukking komt in het zojuist beschreven leerstuk. Dit komt met name terug in het systematische deel (deel II). Uiteraard ben ik daarbij vooral benieuwd naar het gewicht van persoonlijke belangen van de werknemer, ten opzichte van andere belangen, zoals belangen van de werkgever of maatschappelijke belangen. De regelgever, dat wil zeggen de wetgever of de rechter, doet niet altijd zelf met zoveel woorden uitspraken over het onderlinge gewicht van belangen die betrokken zijn bij een bepaald conflict. Zoals gezegd zoekt vooral de rechter juist veelal naar andere wijzen om zijn beslissing te onderbouwen. Het onderlinge

31 Wiarda 1999, p. 43.

32 Wiarda 1999, p. 13-15. Het ideaal van Montesquieu was dat de rechter de 'bouche de la loi' zou zijn. Zogeheten autonome rechtsvinding werd door hem gelijkgesteld aan despotie. Zie ook Gerards 2006a, p. 16.

33 Gerards 2006a, par. 3.2.4.

34 De Vries 2006; Quist 2007.

35 Wiarda 1999, p. 107 e.v.

36 Gerards 2006a, par. 3.2.1. Zij vermeldt dat het categoriseren door rechters in de Amerikaanse literatuur 'definitional balancing' wordt genoemd, ter onderscheiding van 'ad hoc balancing' (noot 62). De laatste vorm van belangen afwegen wordt hier aangeduid met 'openlijke belangenafweging'.

37 Volgens Gerards 2006a, p. 15, maakt het EHRM er vrijwel nooit gebruik van.

38 Zie Gerards 2006a, p. 17; Smits 2006, p. 136.

gewicht van die belangen kan dan veelal toch worden afgeleid uit bijvoorbeeld de categorisatie, de bewijslastverdeling of de opsomming van relevante gezichtspunten. Zoals gezegd moet ook voor het maken van dergelijke regels een belangenafweging gemaakt worden, en die afweging kan als het ware gereconstrueerd worden.³⁹ Deze 'reconstructie' is noodgedwongen tot op zekere hoogte speculatief, maar kan mijns inziens desalniettemin een verhelderende analyse opleveren.

³⁹ Zie voor voorbeelden van dergelijke reconstructies in het privaatrecht ook Smits 2006.

DEEL I Historisch deel

2

Inleiding historisch deel

De verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst bepalen voor veel werknemers voor een groot gedeelte van de week hoe zij hun tijd moeten besteden. Ze hebben echter ook tijd nodig voor andere bezigheden. Sommige van die bezigheden zijn gemeenschappelijk aan alle mensen, zoals regelmatig eten, drinken en slapen. Veel bezigheden zijn dat niet. Sommige van die bijzondere bezigheden zijn vrijwillig aangegaan, zoals het volgen van een opleiding, het verrichten van vrijwilligerswerk, het lidmaatschap van een club, of het verrichten van bestuurlijke of politieke activiteiten. Andere zijn opgelegd door de wetgever, zoals dienstplicht, of worden ervaren als een morele verplichting, zoals zorgverplichtingen of religieuze verplichtingen. Sommige bezigheden zijn incidenteel, zoals hand- en spandiensten bij calamiteiten, andere structureel. Voor al deze bezigheden is tijd nodig. De aanspraak die de werkgever maakt op de tijd van de werknemer kan daarmee in conflict komen. In sommige gevallen kan dit aangemerkt worden als een conflict over privékwesties.

Met name zorgtaken worden vaak als privékwestie aangemerkt. Zorgtaken worden veelal in gezins- of familieverband behartigd. Als meerdere volwassenen deel uit maken van een gezin of familie, dan kunnen zij er voor kiezen om de zorgtaken door één van hen te laten verrichten, of om de zorgtaken tussen de volwassenen te verdelen of gedeeltelijk uit te besteden aan derden die geen deel uitmaken van het gezin of de familie, al dan niet tegen betaling. Behalve het verrichten van de zorgtaken moet er meestal ook een inkomen verworven worden om het gezin van te onderhouden. Net als de zorgtaken kan dat ook op verschillende manieren verdeeld worden tussen de volwassenen. De verdeling van arbeid en zorg over gezinsleden en derden kan kortom bestaan uit verschillende 'verdeelmodellen'. De keuze voor één van deze verdeelmodellen lijkt bij uitstek een aangelegenheid die zich voltrekt in de privésfeer, dat wil zeggen in de beslotenheid van een woning tussen mensen die onderlinge affectieve relaties hebben. Daarom kunnen die keuzes als privé worden aangemerkt.

Zorgtaken kunnen ook om een andere reden als privé worden aangemerkt, namelijk omdat men van opvatting is dat anderen, zoals de werkgever, zich niet in die keuze mogen mengen, en er 'eigenlijk' ook geen nadelen van hoeven te ondervinden (zie voor deze betekenis van het begrip privé, par. 1.2.3). In diezelfde zin kunnen ook

andere verplichtingen jegens de werkgever als privé worden aangemerkt, omdat gezegd kan worden dat de werkgever 'eigenlijk' niets met die activiteiten te maken heeft. Dat geldt bijvoorbeeld voor verplichtingen uit de openbare sfeer, zoals bestuurlijke of politieke activiteiten.

Ook al kunnen bepaalde verplichtingen of keuzes als privé worden aangemerkt, toch heeft de wetgever regelmatig gevolgen verbonden aan deze verplichtingen of keuzes. Sommige werden gefaciliteerd, andere ontmoedigd. In dit historische deel staat de vraag centraal, welke ontwikkeling zich historisch gezien heeft voorgedaan in de verantwoordelijkheid van de werkgever voor privé-zaken van de werknemer, voor zover die privé-zaken te maken hebben met tijd.¹

In de inleidende paragraaf van hoofdstuk 3 wordt geschetst, welke ontwikkeling zich historisch gezien heeft voorgedaan in de verrichting van betaalde werkzaamheden en onbetaalde werkzaamheden binnenshuis en buitenshuis, en daaraan verbonden, de grenzen tussen werksfeer en privé-sfeer. Deze grenzen zijn, zoals daaruit zal blijken, in het verleden aan verandering onderhevig geweest. Zoals in hoofdstuk 1 al is gebleken, worden aan de scheiding tussen werksfeer en privé-sfeer soms normatieve gevolgen gekoppeld. Wat in de privé-sfeer is, moet daar volgens bepaalde opvattingen ook blijven. Het feit dat de grenzen tussen werk en privé feitelijk gezien steeds aan verandering onderhevig zijn, maakt echter begrijpelijk dat ook de normatieve gevolgen die aan die grenzen gekoppeld worden, kunnen verschuiven.

In het vervolg van hoofdstuk 3 zal dieper ingegaan worden op de vraag, voor welke grenzen de wetgever heeft gekozen op het vlak van het arbeidstijden- en verlofrecht, en waarom. Er wordt een historische beschrijving gegeven van de ontwikkelingen inzake arbeidstijden in het publiekrecht en het civiele recht, inclusief cao's. De beschrijving ziet daarbij niet alleen op de wijze waarop in de wetgeving rekening werd gehouden met persoonlijke omstandigheden in ruime zin, dus niet alleen zorgtaken, maar ook andere verantwoordelijkheden en bezigheden buiten het werk. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de periode tot omstreeks 1990 en de periode daarna. In het laatste decennium van de twintigste eeuw kan namelijk de omslag van een collectief, ordenend arbeidstijdenrecht naar individueel, faciliterend arbeidstijdenrecht worden gesitueerd. Deze omslag is vooral relevant voor de ontwikkeling in wetgeving. De ontwikkelingen in de rechtspraak over conflicten betreffende arbeidstijden en vakantie wordt besproken in een aparte paragraaf.

De omslag in de arbeidstijden wet- en regelgeving in de jaren negentig kan, zo zal blijken uit hoofdstuk 3, deels in verband worden gebracht met de toenemende deelname van werknemers met zorgtaken aan de betaalde arbeid. Het antwoord van de wetgever hierop bestond hoofdzakelijk uit het introduceren van rechten op aanpassing van arbeidsduur en verlofrechten. Ik zal dit aanduiden als het 'responsieve

1 De aanduiding 'verantwoordelijkheid' wordt hier gebruikt als aanduiding van alle soorten verplichtingen van de werkgever om ten behoeve van het privébelang van de werknemer, iets te doen, te laten, te betalen, rekening te houden met, etc.

arbeidstijden- en verlofrecht'.² Ik reserveer deze term voor regels waarin de wet ruimte biedt aan de werknemer met een reguliere arbeidsrelatie om zijn arbeidstijden structureel of incidenteel aan te passen aan zijn behoeften. Daarmee worden dus niet bedoeld de regels volgens welke de werkgever de arbeidstijden van de werknemer aan kan passen aan zijn behoeften.

In hoofdstuk 4 wordt dieper ingegaan op de wijze waarop het arbeidsrecht historisch gezien rekening hield met het feit dat werknemers zorgverantwoordelijkheden kunnen hebben. Daarbij wordt niet alleen aandacht besteed aan de wet- en regelgeving inzake arbeidstijden en verlof, maar ook aan aspecten als inkomensbescherming en ontslagbescherming van verlofgangers. Uit dit overzicht zal blijken dat de werkgever al van oudsher tot op zekere hoogte gevolgen ondervond van het ingrijpen van de wetgever in de wijze waarop gezinnen zorgtaken verdelen. De vraag die voorligt in dit hoofdstuk, is of die gevolgen ingrijpend veranderd zijn door de invoering van het zogenaamde responsieve arbeidstijden- en verlofrecht. Was die verandering gelegen in het feit dat de werkgever niet alleen meer te maken had met 'gewone' arbeid en zorgverdeling maar ook met 'bijzondere' arbeid en zorgverdeling? Of was de verandering wellicht gelegen in de belasting die het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht meebracht voor de werkgever? Heeft de werkgever historisch gezien meer last gekregen van de keuze die werknemers maken voor de wijze waarop zij arbeid en zorgtaken willen verdelen of combineren?

Ook in dit hoofdstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen de ontwikkelingen tot 1990, en de ontwikkeling daarna. Ook hier is in die periode een omslag te zien. Van oudsher was de wet- en regelgeving tot op zekere hoogte afgestemd op het verdeelmodel van de kostwinner, dat wil zeggen het model waarin binnen een gezin de man doorgaans het inkomen verwierf en de vrouw de zorgtaken verrichtte. Onder invloed van gelijke behandelingswetgeving werd de wet- en regelgeving waarin dit gegeven was terug te vinden, vanaf de jaren zeventig geleidelijk afgebouwd. Dit proces was begin jaren negentig min of meer voltooid. Na een beschrijving van deze ontwikkeling in het recht, wordt in meer detail aandacht besteed aan de positie van de werknemer met zorgtaken omstreeks 1990 voor wat betreft het recht op verlof, inkomensbescherming en ontslagbescherming. Bovendien worden de alternatieven van flexibele en deeltijdarbeidsrelaties belicht, alsmede de mogelijkheden van kinderopvang.

Daarna ontwikkelde het wetgevingsbeleid zich naar een ondersteuning van het anderhalfverdienersmodel, het model waarin doorgaans de man nog steeds een voltijds inkomen verwerft en de vrouw nog steeds de meeste zorgtaken verricht maar daarnaast ook enkele dagen betaald werk verricht. De ontwikkelingen in het wetgevingsbeleid op dat punt worden in kaart gebracht. Daarna wordt weer in meer detail aandacht besteed aan de ontwikkelingen na 1990 in de positie van de werknemer met zorgtaken als het gaat om het recht op verlof, inkomensbescherming en ontslagbescherming. Ook worden weer de alternatieven van flexibele en

2 Zie over het begrip responsief recht Nonet en Selznick 1978.

deeltijdarbeidsrelaties belicht, alsmede de mogelijkheden van kinderopvang. Ten slotte wordt in een aparte paragraaf aandacht besteed aan ontwikkelingen in jurisprudentie over verlof en de wensen van werknemers om arbeidsduur of arbeidstijdpatronen aan hun persoonlijke omstandigheden aan te passen.

Het onderwerp ‘arbeid en zorg’ wordt in wetgeving, jurisprudentie en literatuur vaak geplaatst in de context van het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. De vraag die daarom in hoofdstuk 5, het laatste hoofdstuk van het historische deel, wordt opgeworpen, is wat dit recht op gelijke behandeling precies heeft opgeleverd voor (met name) vrouwen met zorgtaken. Dit onderwerp wordt voornamelijk om praktische redenen in een apart hoofdstuk behandeld, omdat dit vrij complexe leerstuk het beste in onderlinge samenhang kan worden behandeld. De vraag is daarbij met name of de werkneemster met zorgtaken extra bescherming kon ontlenen aan de rechten op gelijke behandeling, naast de bescherming die zij al had inzake onder andere verlofrechten, vakantie en arbeidstijden, zoals beschreven in hoofdstuk 4. Leidde de introductie van het recht op gelijke behandeling tot bijzondere aanspraken van werknemers met zorgtaken op werkgevers? In hoeverre noopte de introductie van dit recht en uitleg daarvan in jurisprudentie tot aanpassing van de Nederlandse wet, ten gunste van werknemers met zorgtaken? Vanwege de omvang van het materiaal wordt de bespreking hiervan voornamelijk beperkt tot de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG.

Net als in hoofdstuk 3 en 4 wordt een onderscheid gemaakt tussen de periode omstreeks 1990, en de periode daarna. Deze indeling is ook hier interessant, omdat de uitleg van het recht op gelijke behandeling omstreeks 1990 nog moest geschieden in een context waarin speciale rechten voor werknemers met zorgtaken in Nederland en ook op Europees niveau nog lang geen gemeengoed waren, afgezien van het recht op bescherming bij zwangerschap en bevalling. In de periode nadien zijn dergelijke speciale rechten steeds gewoner geworden. De vraag is aldus, of en zo ja hoe, de contouren van het recht op gelijke behandeling hierdoor evolueerden.

Dit historische deel zal worden afgesloten met een conclusie in hoofdstuk 6. Daarin zal aan de orde komen, in hoeverre gezegd kan worden dat de werkgever in vergelijking met het recht tot dan toe, in de arbeidstijden en verlofwetgeving vanaf de jaren negentig in toenemende mate is belast met privéomstandigheden van werknemers.

3

Arbeidstijden

3.1 De scheiding tussen werktijd en privétijd

3.1.1 Inleiding

De scheiding tussen werktijd en privétijd lijkt in de huidige samenleving logisch en vanzelfsprekend. Werken doet men in principe op kantoor, in de winkel of in de fabriek; als de arbeidstijd om is kan men zich aan privé zaken wijden. Die scherpe scheiding is echter historisch gezien betrekkelijk recent. Het ontstaan ervan wordt geplaatst in de opkomst van een handelseconomie in de 16^e en 17^e eeuw, waarna de scheiding tijdens de industrialisatie in de 19^e en 20^e eeuw is bestendigd.¹ In deze paragraaf wordt de historische-sociologische achtergrond geschetst van het ontstaan van een scheiding tussen werktijd en privétijd, en daarmee verbonden de scheiding tussen werksfeer en privé sfeer. Daarmee kan voor de hedendaagse lezer inzichtelijk worden, dat de thans als 'normaal' ervaren scheiding tussen werk- en privé sfeer geen onveranderlijk gegeven is, maar een historisch gegroeide situatie, die nog steeds aan verandering onderhevig is. Zoals zal blijken, hebben culturele, economische en technologische ontwikkelingen aan deze veranderingen bijgedragen. De grenzen tussen werktijd en privétijd zijn daarnaast vaak onderwerp geweest van een maatschappelijke strijd, die soms werd beslecht door het ingrijpen van de wetgever.

3.1.2 De scheiding tussen werktijd en privétijd in historisch-sociologisch perspectief

In pre-kapitalistische samenlevingen waren arbeid en vrije tijd nog onafscheidelijk met elkaar verweven. Het sociale leven volgde een vast jaarritme, afhankelijk van de agrarische cyclus en religieuze voorschriften. Huisnijverheid en ambachtelijk handwerk vormden voor velen een belangrijke bron van inkomsten. Aangezien velen werkten in en om de eigen woning of de woning van hun werkgever, waren werksfeer en privé sfeer niet strikt te scheiden.² Zo was huishoudelijk werk economisch gezien niet sterk gescheiden van andere soorten werk. Het zelf maken van

¹ Beckers 1983, p. 28. De volgende paragraaf is grotendeels gebaseerd op deze studie.

² Beckers 1983, p. 37; Prost 1992, p. 19-20.

benodigdheden zoals brood, kleren en huisraad, was in de pre-mechanische tijd economisch net zo nuttig als het verdienen van geld voor het kopen ervan.

Tijdens de opkomst van het handelskapitalisme, in de 16^e en 17^e eeuw, ontstond een nieuwe welvarende groep burgers. Door hun welstand konden zij een deel van hun tijd afzonderen van economische verplichtingen en het huishoudelijk werk door anderen laten verrichten. De nieuwe economische elite bracht deze tijd bij voorkeur door in de private sfeer van het gezin, in afzondering van de 'vulgaire openbaarheid en gemeenzaamheid'. Voor vrouwen en kinderen uit deze sociale laag werd arbeidsonthouding zelfs een plicht. Vrouwen dienden zich te verpozen met activiteiten binnenshuis zoals muziek maken, bloemschikken of handwerken. Mannen gingen er uiteraard wel op uit om handel te drijven of zich in besloten herenclubs te ontspannen.³ Deze nieuwe levensstijl zou in de eeuwen daarna langzaam doordringen tot de lagere klassen. Het zogenaamde burgerlijk gezinstype, het twee-generatie gezin, dat in eerste instantie bij de nieuwe burgerij ontstond, werd in de loop van de 17^e eeuw het overheersende type huishouden, zowel in de stad als op het platteland, ook voor de lagere sociale groeperingen. Deze groeperingen konden het zich vooralsnog echter niet veroorloven om een scheiding tussen arbeid en vrije tijd te maken. De arbeidsplaats en woning waren voor velen nog niet gescheiden. Zij woonden bij hun werkgever in huis als knecht of meid,⁴ of zij bedreven landbouw of oefenden een ambacht uit in en om de woning. De arbeidsdag was bovendien lang. Rust en recreatie voor de lagere sociale groepen stond daarnaast nog sterk in het teken van gemeenschap en gebeurde in het openbaar: kerkelijke vieringen, oogstfeesten, kermissen, carnaval, etc.⁵

Met name in het industriële tijdperk werd tijd schaars en dus nuttig. Arbeid vond vaker plaats in fabrieken, die steeds minder beschouwd werden als onderdeel van het privédomein van de werkgever.⁶ De 'paternalistische' verhouding tussen de patroon en zijn werklieden, waarin niet zelden plaats was voor betrokkenheid bij het wel en wee van elkaars gezinsleden, maakte plaats voor rationelere omgangsvormen tussen arbeid en kapitaal.⁷ Arbeid in ondergeschiktheid was vaak niet meer taakgericht maar tijd-gericht. Tijd werd koopwaar, waarover onderhandeld kon worden.⁸ Nadat de arbeider zijn tijd 'verkocht' had aan de werkgever, diende hij die tijd nuttig te besteden. De voor de industriële arbeid kenmerkende machine-gebonden productie ging gepaard met uitsplitsing en vereenvoudiging van taken en vergde vaak een voortdurende oplettendheid van de werknemer.⁹ De overgang van huisarbeid naar fabrieksarbeid bracht derhalve een verlies van relatieve vrijheid ten aanzien van arbeidstijden met zich mee. Die overgang ging niet altijd vanzelf, maar vergde veelal disciplinerende van de arbeiders. In de industriële wijze van productie was een nieuwe mens nodig, die "zijn impulsen onderdrukt, streeft naar ascese en de

3 Zie Damsma 1993, p. 79.

4 Hufton 1992, p. 16.

5 Beckers 1983, p. 61.

6 Prost 1992, p. 19-50.

7 Prost 1992, p. 19-50.

8 Zie Peters 2000, p. 24-25, met verwijzing naar onder andere de Britse socioloog A. Giddens.

9 Het zogenaamde 'taylorism', zie Van Hoof 1990, p. 74.

ekonomie van de tijd in praktijk brengt”.¹⁰ Dat de disciplinerende op de werkplek niet vanzelf ging bewijzen de volgens Beckers talloze klachten over “trage, slordige, zorgeloze en onbekwame arbeiders” van schrijvers in de negentiende eeuw. Zelfs de vakbonden onderschreven de noodzaak tot disciplinerende.¹¹ Dat disciplinerende-proces ging vrij geleidelijk en slaagde soms alleen door strenge sancties en de dreiging van werkloosheid.¹²

Niet alleen in de arbeid, maar ook in de vrije tijd diende die nieuwe mens ge-disciplineerd te worden. Zo moest voorkomen worden dat hij thuis nog tijd besteedde aan de gebruikelijke kleinschalige landbouw op de eigen grond, omdat dat ten koste zou gaan van zijn productiviteit in de fabriek. Ook overmatig drankgebruik en bandeloos gedrag zouden afbreuk doen aan zijn productiviteit. De roep om disciplinerende, of, desgewenst, beschaving, had uiteraard niet alleen een economische achtergrond maar werd ook vanuit religieuze (calvinistische) en humanitaire idealen geuit. Puriteinen hamerden op naleving van de zondagsrust, wettelijk verankerd in de Zondagswet van 1815. ‘Verlichte’ hervormers trachten op hun beurt de arbeiders te verheffen door het nemen van initiatieven voor volksconcerten, volkstuinten, volksbibliotheken, volksuniversiteiten, etc.¹³

Ondertussen beschikten de fabrieksarbeiders nog maar over zeer weinig vrije tijd en waren de condities voor de besteding van die schaarse vrije tijd ongunstig. De eerste decennia ontwikkelde de industriële arbeidsverhouding zich vrijwel zonder wettelijke beperkingen. Mede als gevolg van de verbreiding van het gaslicht en de gemechaniseerde productiewijze leidde dit tot zeer lange en intensieve werkdagen in de industrie. Zestien of nog meer uren per dag waren geen uitzondering en ook 20 uur per dag kwam voor.¹⁴ De meeste werknemers hadden geen recht op vrije dagen en sommigen moesten zelfs op zondag doorwerken. Sommigen constateren dat de mensheid nooit harder heeft moeten werken dan in het begin van de industriële revolutie.¹⁵ Hoewel arbeidsonthouding voor vrouwen en kinderen ook voor de lagere standen steeds meer als ideaal werd gezien, konden de lagere standen zich dat nog niet veroorloven. Tijd voor een privéleven was er voor deze werknemers kortom maar in zeer beperkte mate.

De positie van de arbeider werd vanaf eind negentiende eeuw geleidelijk minder precar, onder andere door de verbetering van woningen en de vergroting van de

10 Beckers 1983, p. 37.

11 Beckers 1983, p. 40, bv. de Algemeene Nederlandsche Diamantbewerkers Bond.

12 Beckers 1983, p. 40. De roep om disciplinerende van de armste bevolkingsgroep kwam tot ver in de twintigste eeuw vaak van sociaal-democraten, zie Dercksen en Verplanke 2005.

13 Beckers 1983, p. 72-73, zie bijvoorbeeld de activiteiten van de Maatschappij tot Nut van 't Algemeen, p. 76-77.

14 Brugmans 1978, p. 109-113; Geers 1988, p. 23.

15 Lange werkdagen kwamen in vroeger eeuwen ook veel voor, maar alleen 's zomers en men had veel meer vrije zon- en feestdagen. Zie Beckers 1983, p. 29-34. De geschiedenis van de beperking van de arbeidsduur wordt dan ook wel gezien als de geschiedenis van de 'normalisering' van de arbeidsverhoudingen. Zie Hannah Ahrendt: "If we think in somewhat longer periods, the total yearly amount of individual free time enjoyed at present appears less an achievement of modernity than a belated approximation of normality" (Ahrendt 1998, p. 132).

bestedingsruimte van de arbeiders.¹⁶ Een niet te verwaarlozen factor was daarnaast het ontstaan van arbeidswetgeving. De eerste initiatieven van de wetgever om werknemers te beschermen dateerden van eind negentiende eeuw en hadden het oog op veiligheid en arbeidstijden.¹⁷ De toenemende beperking van arbeidstijden in wet en cao's gaf de werknemers voor het eerst sinds de industriële revolutie geleidelijk weer meer tijd om naast werken, eten en slapen nog andere activiteiten te ontwikkelen. Voor de verklaring van de welstandsgroei onder werknemers valt daarnaast te wijzen op de ontdekking van de arbeider als consument.¹⁸ De Amerikaan Henry Ford ontwikkelde een management-benadering waarin het bedrijf zich intensief bemoeide met de persoonlijke levensomstandigheden van zijn werknemers. Al in 1924 sprak de Amerikaanse socioloog Gramsci van 'fordisme' om dit fenomeen aan te duiden.¹⁹ In Nederland vormde Philips daar een uitgesproken voorbeeld van. Het bedrijf bond de werknemers aan zich met een sociaal beleid dat zich ook uitstreckte over de vrije tijd. De werknemer verdiende niet alleen zijn brood bij Philips, het gezin kocht dat brood in de winkels van Philips, woonde in een huis van Philips, volgde onderwijs in een school van Philips, was lid van een Philips sportvereniging en bracht zijn vakantie door in een recreatiecentrum van Philips.²⁰ Veel ondernemingen volgden dit voorbeeld, ondanks het verzet van sommige vakbonden.²¹

Voor de besteding van hun vrije tijd namen arbeiders in de loop van de twintigste eeuw steeds meer een voorbeeld aan de burgerlijke levensstijl, een ontwikkeling die in ons land werd bevorderd door de verzuiling.²² De besteding van de vrije tijd vond steeds meer plaats in de beslotenheid van het gezin, vanaf de jaren zestig steeds vaker voor de televisie. De scheiding tussen werksfeer, openbare sfeer en privésfeer was nu voor alle lagen van de bevolking een feit.²³

In de jaren zeventig werd de strikte temporele en territoriale segregatie tussen het private en het publieke domein door sommigen wel als vervreemdend aangemerkt

16 De verbetering van de lonen werd vooral veroorzaakt door het schaarser worden van arbeidskracht (Dercksen en Verplanke 2005, p. 12). Door de groeiende welstand verdween overigens ook geleidelijk de (behoefte aan) disciplinerende van de arbeiders in vaste dienst. Wel bleef er nog lang een 'ongedisciplineerde' onderklasse bestaan (idem, p. 18).

17 Kinderwet 1874; Arbeidswet 1889; zie hierover ook par. 3.2.2.

18 Met name in de Verenigde Staten werd begin 20^e eeuw de opvatting populair, dat de arbeidstijd moest worden verkort om voldoende tijd te scheppen voor consumptie. Zie Beckers 1983, p. 104.

19 Beckers 1983, p. 78-84.

20 Beckers 1983, p. 257.

21 Beckers 1983, p. 258: de centrale dienst van de Arbeidsinspectie meldde in zijn jaarverslag over 1950 de resultaten van een enquête onder de 323 fabrieken met meer dan 300 werknemers. In 85% van de bedrijven waren er activiteiten voor het personeel voor ontwikkeling en ontspanning. In 6% was er sport in werktijd, in 22% uitzending naar een volkshogeschool, in 16% zorg voor vakantiebesteding.

22 Binnen de zuilen werden allerlei initiatieven genomen om de lagere klassen binnen de zuil te verheffen en te ontspannen, zoals de jeugdbeweging, sport, radio, pers, het volkstuinwezen, het reizen, kamperen (Beckers 1983, p. 134-136 en p. 260-261).

23 Beckers 1983, p. 348 en p. 353.

en werd gestreefd naar opheffing van deze grenzen,²⁴ of juist gewaarschuwd voor de groeiende invloed van het rationele, doelgerichte denken in de economische sfeer op de privésfeer.²⁵ Anderen verwelkomden echter het ontstaan van een 'vrijtijdsmaatschappij' waarin steeds minder gewerkt zou hoeven worden.²⁶ Deze laatste optimistische visie leek aanvankelijk bewaarheid te worden. In de tweede helft van de twintigste eeuw werd de arbeid voor veel werknemers in ieder geval fysiek minder zwaar. De relatief hoge kosten van de arbeid zorgden voor een automatiseringsimpuls en het uitwijken van industrieën naar lagelonenlanden. De beter geschoolde arbeiders vonden steeds vaker hun emplooi in dienstverlenende beroepen.²⁷ Ploegenarbeid in fabrieken nam af, het vrije weekend werd regel.

Dat de economische ontwikkelingen niet alleen maar winnaars kenden werd echter duidelijk in de jaren tachtig. In dat decennium daalde het gemiddeld aantal gewerkte uren tot een historisch dieptepunt. Dat was voor een groot deel te wijten aan de hoge werkloosheid en afnemende economische conjunctuur. Van verschillende kanten werd gepleit voor arbeidsduurverkorting en flexibilisering van arbeidstijden, onder andere om te komen tot herverdeling van de arbeid. In het 'akkoord van Wassenaar' van de Stichting van de Arbeid van 24 november 1982 werd de sociale partners aanbevolen om te komen tot arbeidsduurverkorting en bevordering van deeltijdarbeid teneinde werkgelegenheid te scheppen voor meer werknemers.²⁸ Werkgevers waren bereid aan die verlangens tegemoet te komen in ruil voor loonmatiging of het afzien van prijscompensatie. In de marktsector leidde het akkoord voornamelijk tot collectieve roostervrije dagen, waardoor er sprake was van bedrijfstijdverkorting.²⁹ De beoogde werkgelegenheidsverdeling werd overigens maar in geringe mate behaald. De weggevalen arbeidskracht werd vaak niet ingevuld, enerzijds vanwege productiviteitsverbetering en anderzijds door teruglopende afzet.³⁰

Flexibilisering van arbeidstijden kwam in deze periode nog zeer weinig voor. Ook deeltijdarbeid werd niet vaker beschikbaar. Het bevorderen van deeltijdarbeid was aanvankelijk geen prioriteit van de bonden, die het zagen als een vorm van arbeidstijdverkorting onder inlevering van loon. Alleen in sectoren waar veel vrouwen

24 Beckers 1983, p. 359, met verwijzing naar de Duitse filosoof Adorno: "Vervreemde arbeid moet weer humaan en zelfverrijkend worden en daarbij duidelijk in dienst gesteld van voorziening in werkelijke behoeften. Omgekeerd dient vrije tijd steeds meer een tijd te worden waarin men nuttig en zinvol werk wil organiseren, als buurman, burger, verantwoordelijk medemens, of als iemand met eigen liefhebberijen en kundigheden."

25 Zie het al eerder aangehaalde beknopte overzicht van sociologische theorieën volgens welke het economische leven het private leven steeds meer gaat overheersen in de loop van de twintigste eeuw in Wilthagen en Grunell 1999, p. 234-235.

26 Beckers 1983, p. 359.

27 Peters 2000, p. 50-51.

28 Fase 1983, p. 340; De Galan 1984, p. 7; Tijdens 1998, p. 214. De regering ondersteunde het streven naar arbeidsduurverkorting (Tijdens 2002, p. 309; zie bv. *Kamerstukken I* 1983/84, 18 100 XV en 18 100 J, nr. 144a).

29 Tijdens 2002, p. 311. Eind 1985 is de arbeidsduur van 77% van de werknemers in Nederland verkort, overigens gedeeltelijk ook de arbeidstijd van werknemers die niet onder een cao vielen.

30 Tijdens 2002, p. 311: de schattingen door de Loontechnische dienst van herbezettingen lopen uiteen van 20 tot 40%.

werkzaam waren, zoals ziekenhuizen, werd deeltijdarbeid gangbaarder. Werknemers kregen in die cao's de mogelijkheid om individueel hun arbeidstijd te verkorten.³¹ Vanaf midden jaren tachtig betraden steeds meer vrouwen de arbeidsmarkt. In de daarop volgende decennia werden met meer of minder moeite de arbeidsomstandigheden en arbeidsvoorwaarden aangepast aan de stijgende deelname van werknemers met zorgverplichtingen aan de arbeid.

In de jaren negentig trok de economie weer aan. De verwachting uit de jaren zeventig dat de arbeidsduur zou blijven afnemen bleek niet ingelost te worden. De bedrijfstijden werden weer langer, en ook de arbeidstijden pasten zich daaraan aan, onder andere door overwerk en het opsparen van 'stuwmeren' van verlof. Om daar iets aan te doen ontstonden steeds vaker 'cao's à la carte' waarin werknemers gespaarde verlofdagen konden omzetten in iets anders.³² Vrouwen werkten meer uren betaald, maar verrichten nog steeds het grootste gedeelte van het onbetaalde werk, zij het iets minder dan voorheen.³³ Ook veel mannen gingen in de loop van de jaren negentig meer uren betaald werken, en iets meer uren onbetaald.³⁴ De openingstijden van winkels (en andere bedrijven) werden langer en vielen minder samen met de werktijden. Bedrijven kregen daardoor meer behoefte aan de mogelijkheid om werknemers flexibel in te roosteren. De norm verschoof in veel sectoren van een standaardwerkdag van negen tot vijf naar een variabele werkdag tussen zeven en zeven of zelfs zeven en negen. Ook werd het begrip 'gemiddelde arbeidsduur per week' geïntroduceerd, waarbij het gemiddelde meestal binnen een jaar moest zijn bereikt.³⁵ Werktijden op afwijkende tijden en overwerk werden minder duur, niet alleen omdat door verruimde werkdag uren eerder binnen het normale 'dagvenster' vallen, maar ook omdat de toeslagen voor overwerk verlaagd werden.³⁶ Veel werknemers ervoeren van hun kant een toenemende spanning tussen werktijd en privétijd.³⁷

Dat gold echter niet voor alle werknemers. Door Amerikaanse sociologen werd in de jaren negentig geschreven over het ontstaan van nieuwe bedrijfsculturen waarin de scheiding tussen werk en privé weer vervaagde, maar op een heel andere manier dan de critici in de jaren zeventig voor ogen stond.³⁸ Kenmerk van deze culturen is dat werknemers een grote verantwoordelijkheid dragen voor het zelfstandig en op tijd verrichten van een taak of het halen van doelstellingen. Zij moeten veelal zelf maar zien hoeveel tijd hen dat kost. Vaak kunnen zij hun werk ook thuis of in het weekend verrichten, bijvoorbeeld via digitale netwerken en mobiele telefoons, en

31 Tijdens 1998, p. 215.

32 Tijdens 2002, p. 311.

33 Glebbeek en Van der Lippe 2004, p. 139, berekenden dat Nederlandse vrouwen met kinderen in 1995 evenveel tijd aan onbetaald werk en familieverplichtingen besteden als ze deden in 1975, hoewel ze meer tijd besteden aan spelen met de kinderen en minder aan huishoudelijk werk.

34 Nederland lijkt met de toename van de arbeidsduur in de jaren negentig achter te lopen op Amerika, waar de arbeidsduur vanaf de jaren zeventig weer is toegenomen. Zie Peters 2000, p. 13.

35 Zie voor voorbeelden van cao's met afspraken over flexibele werktijden De Korte 1997, p. 74-78.

36 Tijdens 1998, p. 220; Tijdens 2002, p. 313.

37 Mevissen e.a. 2001, p. 232-233. Zie voor een bespreking van deze evaluatie van de Arbeidstijdenwet Tros 2002.

38 Peters 2000, p. 51.

doen zij dat ook. Hun werkhouding lijkt sterk op de werkhouding die traditioneel bij het top-management of onder zelfstandigen voorkomt. Zijzelf en hun werkgever ervaren het maken van veel arbeidsuren als een teken van toewijding aan het bedrijf, en de belonings- en promotiesystemen zijn hier ook op afgestemd. Het profiel van deze toegewijde werknemer is dat van een werknemer met een groot uithoudingsvermogen, goede fysieke en geestelijke conditie en weinig verplichtingen buiten het werk. Mannen zullen waarschijnlijk beter aan dit profiel kunnen voldoen dan vrouwen, en jongeren beter dan ouderen. Sectoren waarin deze cultuur met name voorkomt zijn grote advocatenkantoren en software-ondernemingen.³⁹ Sommige sociologen zien aanwijzingen dat deze ontwikkeling zich ook in Nederland voordoet. Hoger opgeleide werknemers rapporteren steeds vaker dat zij graag minder zouden willen werken, maar slagen hier niet in.⁴⁰

Een laatste fenomeen waarin zich ten slotte een verschuiving lijkt voor te doen van de grenzen tussen privéleven en werk is de thuisarbeid, dat de laatste jaren in belang lijkt toe te nemen in de vorm van telewerken.⁴¹ Thuiswerk als kleine zelfstandige met bijvoorbeeld een 'webwinkel' is vooral voor moeders met jonge kinderen een opmerkelijke trend.⁴² Ook hierbij vervagen de grenzen tussen werk en privéleven, maar op een heel andere manier dan voor de bovenomschreven 'loyale werknemer'. Gelet op deze trends is het nog steeds denkbaar dat in de toekomst het privéleven en de vrije tijd veel minder duidelijk zijn afgebakend van de werksfeer en arbeidstijd, of op een voor de vroeg één-en-twintigste-eeuwse werknemer onherkenbare wijze.

3.1.3 De scheiding tussen werktijd en privétijd in de wet

In hoofdstuk 1 is aangestipt, dat verschillende opvattingen denkbaar zijn over de grenzen tussen werk en privé als het gaat om de nakoming van een overeenkomst. De opvatting dat persoonlijke omstandigheden niet ter verontschuldiging kunnen dienen in een zakelijke omgeving, bestaat naast de opvatting dat mensen rekening moeten houden met elkaars problemen en elkaar moeten helpen. Uit de in de voorgaande paragraaf beschreven ontwikkeling blijkt dat er niet alleen verschillende opvattingen zijn over de scheiding tussen werk en privé, maar dat er historisch gezien ook feitelijk verschillend werd omgegaan met het gegeven dat mensen naast betaald werk nog andere bezigheden en verantwoordelijkheden hebben. Kenmerkend voor de ontwikkeling in de vorige twee eeuwen is, dat betaalde en onbetaalde bezigheden, temporeel en territoriaal gezien steeds meer gescheiden werden. Daarmee ontstond maatschappelijk gezien een voedingsbodem voor de imaginaire scheiding tussen werksfeer en privésfeer.

Deze ontwikkeling vertoont een sterke samenhang met de ontwikkeling van technologie en economie. De ontwikkeling van een agrarische naar een industriële

39 Glebbeek en Van der Lippe 2004, p. 15. Zie ook Sennett 2007.

40 Glebbeek en Van der Lippe 2004.

41 Zie Nevens 2010.

42 Zie bijvoorbeeld de website www.wahm.nl, een forum voor 'working at home moms'.

economie leidde tot een streven naar optimalisering van het benutten van ingehuurde arbeidskracht, wat aanvankelijk werd opgevat als het maximaliseren van arbeidstijden. De economische conjunctuur en de ontwikkeling van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt leidde in de tweede helft van de vorige eeuw echter tot een behoefte aan flexibilisering van arbeidstijden. Rondom de eeuwwisseling bracht technologische vernieuwing van communicatiemiddelen een impuls voor nieuwe vormen van dienstverlening. Door de groei van digitale netwerken werden alternatieven voor de gescheiden domeinen voor werk en privé weer gemakkelijker beschikbaar. Het is denkbaar dat voor een deel van de bevolking de grenzen tussen werksfeer en privésfeer daardoor weer gaan vervagen.

Naast de samenhang met culturele, economische en technologische ontwikkelingen verdient echter opmerking het feit dat de grenzen tussen werktijd en privétijd al sinds het begin van de industriële revolutie voorwerp waren van maatschappelijke en politieke strijd. Deze strijd werd beslecht onder andere door middel van wetgeving en collectieve arbeidsovereenkomsten. Daarmee kon de door werkgevers gewenste maximalisering van arbeidstijden worden begrensd, of flexibilisering van arbeidstijden worden bevorderd.

Arbeidstijdenwetgeving heeft een onmiddellijk verband met het privéleven: waar arbeidstijd ophoudt, begint het privéleven. Dit werpt een vraag op over de 'privétiseringsrevolutie' waarvan werd gesproken met betrekking tot de arbeidstijden- en verlofwetgeving vanaf eind jaren negentig. Er is al sprake van dwingendrechtelijke arbeidstijdenwetgeving sinds eind negentiende eeuw. Waarom wordt het begin van de privétiseringsrevolutie dan aan het einde van de 20^e eeuw geplaatst en niet aan het einde van de 19^e eeuw? Waarom werd de oude arbeidstijdenwetgeving niet als 'privétisering' ervaren, en de regels die eind vorige eeuw werden ingevoerd wel?

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt de historische ontwikkeling van de wet- en regelgeving inzake arbeidstijden en verlof geschetst. Daarin wordt gezocht naar het antwoord op de vraag, welke de nieuwe elementen waren in de eind twintigste eeuwse regels.

3.2 Collectieve ordening in het publiekrechtelijke arbeidstijdenrecht

3.2.1 Inleiding

In de loop van de twintigste eeuw heeft arbeidswetgeving veel bijgedragen aan de beschikking over vrije tijd van de werknemer, en derhalve aan de mogelijkheid een privéleven te leiden. Van groot belang daarvoor waren ook de resultaten van collectieve onderhandelingen. Voorafgaand aan en als aanvulling op wetgeving speelden cao's een belangrijke rol bij de regeling van rusttijden, vakantie en verlof. In het navolgende zal een overzicht worden gegeven van de ontwikkelingen inzake arbeidstijden in het publiekrecht en het civiele recht, inclusief cao's. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de periode tot omstreeks 1990 en de periode daarna. In het laatste decennium van de twintigste eeuw kan namelijk de omslag van een

collectief, ordenend arbeidstijdenrecht naar individueel, faciliterend arbeidstijdenrecht worden gesitueerd.⁴³

3.2.2 *Kinderwet 1874 en Arbeidswet 1889*

De eerste wet om iets tegen de gesignaleerde misstanden in de negentiende-eeuwse industrie te doen was de Kinderwet van 1874, waarin het verboden werd om kinderen onder de 12 jaar te werk te stellen.⁴⁴ Vanwege een gebrekkige handhaving had de wet echter weinig effect.⁴⁵ Een parlementaire enquête inzake de werking van de Kinderwet⁴⁶ bracht aan het licht dat de veiligheid en gezondheid niet alleen van kinderen, maar van werklieden in fabrieken zeer slecht gewaarborgd was. Aan de noodzaak van overheidsingrijpen in de arbeidsverhoudingen werd na het verschijnen van de resultaten van de enquête nauwelijks meer getwijfeld. Toch meende een parlementaire meerderheid vooreerst dat alleen kinderen en vrouwen, de zogeheten 'personae miserales' bescherming behoefden. Wat de kinderen betreft spreekt dit voor zich. Wat de vrouwen betreft maakte men zich zorgen om de problemen bij de combinatie van hun zorg voor het gezin en arbeid in fabrieken en werkplaatsen. Dit leidde tot een maximale arbeidsduur voor vrouwen werkzaam in fabrieken en werkplaatsen, een arbeidsverbod na de bevalling en een verbod van nachtarbeid. Nachtarbeid voor vrouwen werd "zowel uit fysiek als uit zedelijk oogpunt" afgekeurd.⁴⁷ De wet strekte zich niet uit tot de bescherming van volwassen mannen. De gedachte leefde dat deze mannen wel voor zichzelf konden zorgen, zodat wettelijke bescherming een uiting zou zijn van "ziekelijke philanthropie".⁴⁸ Ook in die periode waren er echter al voorstanders van bescherming van alle werknemers. Deze parlementsleden wezen er op dat vrouwen in de Arbeidswet 1889 niet beschermd werden omdat ze 'personae miserales' waren, maar omdat die bescherming in het algemeen belang was. Ook de bescherming van mannen kon dat in hun ogen zijn.⁴⁹ Na de eeuwwisseling werden verschillende voorstellen gedaan om ook de arbeidsduur van volwassen mannen te beperken. Die gedachte stuitte in ieder geval vanaf 1908 niet meer op principiële weerstand.⁵⁰ Toch zou het realiseren van deze arbeidstijdenbeperking nog even op zich laten wachten. In de Arbeidswet 1911 werd

43 Zie reeds Beckers 1991, p. 5.

44 Zie Brugmans 1925 en Schenkeveld 2003 voor een schets van de maatschappelijke en politieke achtergrond van dit voorstel.

45 Geers 1988, p. 39.

46 Ziet het verslag van Giele 1887.

47 Wentholt 1990b, p. 15; Wetsvoorstel bepalingen tot het tegengaan van overmatigen arbeid van jeugdige personen en van vrouwen, *Kamerstukken II* 1888/89, 53, nr. 3.

48 Geers 1988, p. 40. Zie bv. de beraadslaging over 'Het wetsontwerp houdende bepalingen tot beveiliging van personen, die in fabrieken en werkplaatsen arbeid verrichten, tegen ziekte of ongevallen', *Kamerstukken II* 1894/95, 15, nr. 1, p. 2.

49 *Kamerstukken II* 1894/95, 15, nr. 1, p. 2.

50 In een reactie op een debat over een ontwerp Bakkerswet zei minister Talma, dat "mij dunk, een van de merkwaardigste vruchten van dit debat is geweest, dat voor zover ik de verschillende sprekers heb begrepen, in deze dagen hier het recht van de overheid om bepalingen te maken ten aanzien van volwassen arbeiders, niet is weersproken." *Handelingen II* 1908/09, p. 1752. Zie Tinga 1969, p. 627.

aan de Arbeidswet 1889 toegevoegd het verbod de gehuwde vrouw en vrouwen die een huishouding te verzorgen hadden, arbeid te laten verrichten op zaterdagmiddag.⁵¹ De speciale bescherming van vrouwen oogste overigens niet alleen lof. In de internationale vrouwenbeweging klonk de kritiek dat deze maatregelen belemmend werkten op de arbeidsparticipatie van vrouwen.⁵² De ratio van deze bepalingen was volgens deze critici niet zozeer de bescherming van de werkende vrouw maar de bescherming van het gezinsleven.⁵³

Aan de effectiviteit van deze wetten kon getwijfeld worden. Met name het arbeidsverbod na de bevalling werd veelvuldig ontdoken. Veel vrouwen gingen enkele dagen na de bevalling al weer aan het werk.⁵⁴ Ook werd de Arbeidswet ontdoken door vrouwen werk mee naar huis te geven. Verder gingen veel vrouwen thuiswerk verrichten, omdat de naleving van de wet daar moeilijk te controleren was. De huisindustrie kende een opleving.⁵⁵ Er zijn dan ook geen aanwijzingen dat vrouwenarbeid als gevolg van die wet sterk afnam. Wel ontstond na invoering van deze wet in verschillende fabrieken de gewoonte om vrouwen te ontslaan als ze zwanger werden of trouwden.⁵⁶

Door vakbonden en socialisten werd in internationaal verband gestreden voor de invoering van een achturedag voor alle werknemers. De eis tot invoering van een achturedag had een lange geschiedenis.⁵⁷ Sinds 1890 stond de viering van de eerste mei door de internationale arbeidersbeweging in het teken van de strijd voor de achturedag.⁵⁸ Na de eeuwwisseling werd in Nederland in sommige sectoren ook voor mannelijke werknemers een beperking gesteld aan het aantal arbeidsuren,⁵⁹ maar invoering van een beperking voor alle werknemers was nog een brug te ver. Pas toen de maatschappelijke tegenstellingen vlak na de Eerste Wereldoorlog leken te escaleren door groeiende werkloosheid en revolutie in het buitenland, ontstond er een parlementaire meerderheid voor de beperking van arbeidsuren.⁶⁰

51 Wentholt 1990b, p. 21; Arbeidswet 1911, Stb. 1911, 314.

52 Monster 1995, p. 202-203.

53 Bakels 1987, p. 47; Frenkels en Jacobs 1986, p. 37.

54 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 128.

55 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 131; Damsma 1988, p. 232.

56 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 128.

57 Aan de 9^e eeuwse Angelsaksische koning Alfred wordt de uitspraak toegeschreven: "Eight hours work, eight hours sleep, eight hours play, make a just and healthy day" (Beckers 1983, p. 41). Thomas More maakte er in 'Utopia' (1516) zes uren van maar de utopisch socialist Robert Owen (1771-1858) zag weer acht uren als ideaal, net als Marx en, dichter bij huis, Domela Nieuwenhuis. De acht uren vrije tijd waren meestal bedoeld om te 'spelen': te jagen, te vissen of te lezen. Zie Beckers 1983, p. 49 en 51.

58 De datum was gekozen uit solidariteit met de American Federation of labour: op 1 mei 1886 was een betoging voor de achturedag in Chicago geëindigd in een bloedbad (Beckers 1983, p. 48).

59 Bijvoorbeeld de Stuwadoorswet, wet van 16 oktober 1914, Stb. 1914, 486.

60 Geers 1988, p. 49-51; Tinga 1969, p. 631-633.

3.2.3 Arbeidswet 1919

In 1919 diende minister Aalberse zijn ontwerp voor een nieuwe Arbeidswet in, waarin voor het eerst een regeling was opgenomen voor een voor iedere werknemer geldende achturige werkdag.

Het sociale, ethische motief om de werknemers de gelegenheid te geven zich te ontplooiën en tijd te hebben voor hun gezin speelde een belangrijke rol bij de rechtvaardiging van het voorstel. Aalberse lichtte toe: “Men zegt: gij, die verkorting van den arbeidsduur wilt, moet eerst bewijzen, met cijfers, met feiten, met statistieken, dat de industrie niet zal worden geschaad. Daarop antwoord ik: zelfs wanneer ik dat bewijs niet kan leveren, dan nog hebt gij het pleit niet gewonnen, omdat gij een nog veel voornamer factor, het levensgeluk, het geestelijk welzijn, het gezinsleven van den arbeider geheel of te veel buiten rekening laat, en waar dit het zwaarst is, moet dit ook het zwaarst wegen.”⁶¹ In het parlement rezen weinig principiële bezwaren tegen het wetsvoorstel, al vreesden sommigen een verlies van concurrentiepositie met het buitenland.⁶² Veel werkgeversverenigingen betuigden hun instemming met de beperking van de arbeidsduur als beginsel, zij het dat sommigen de beperking voor hun bedrijf of bedrijfstak te ver vonden gaan.⁶³ Ook werd wel betoogd, dat de wetgever te ver ging in de beperking van de arbeidsduur, omdat die niet op het minimaal noodzakelijke werd vastgesteld, maar op het ethisch wenselijke niveau. De minister zag echter geen overwegende bezwaren, om niet tegemoet te komen aan de wens van een 8-urendag, hetgeen internationaal gezien inmiddels overigens ook niet uitzonderlijk was.⁶⁴

De Arbeidswet 1919⁶⁵ (Aw) koppelde een achturige werkdag aan een 45-urige werkweek. Al in 1922 werd het dagmaximum overigens verhoogd naar 8,5 en het weekmaximum naar 48 in plaats van 45 uren.⁶⁶ De wet regelde bovendien een vrije

61 *Handelingen II* 1918/19, p. 2877; zie ook *Kamerstukken II* 1918/19, 408, nr. 5, p. 5; zie Geers 1988, p. 52 en Beenhakker 1969.

62 *Kamerstukken II* 1918/19, 408, nr. 5, p. 51; zie voor principiële bezwaren tegen de inperking van de vrijheid van de volwassen mannelijke werknemer *Kamerstukken I* 1918/19, 408, p. 665.

63 Zie *Kamerstukken II* 1918/19, 408, nr. 12. Uit het hierin opgenomen “verslag der Commissie van Rapporteurs omtrent de in hare handen gestelde verzoekschriften” blijkt, dat 45 adressanten zich tot de kamer hebben gericht, voornamelijk van werkgevers of werkgeversverenigingen. Velen verzetten zich niet principieel tegen de wet. Sommigen vragen zelfs om toepasselijkheidverklaring van de wet. Sommigen vragen om afwijkingen voor bepaalde bedrijfstakken of bedrijven, zoals apothekers of transport over het water. Ook zegt de textielindustrie te kampen met concurrentie uit het buitenland waar geen 45-urige werkweek geldt. Sommigen bepleiten een langere werkweek, van 48 uur (kamers van koophandel Zwolle en Groningen), sommigen een 60-urige werkweek (kappersbedrijf).

64 *Kamerstukken II* 1918/19, 408, nr. 5, p. 52. Op p. 58 staat een overzicht van landen die ook in die tijd een 8- of 8,5-urige werkdag hadden ingevoerd (Frankrijk, Duitsland, Duits-Oostenrijk, Finland, Spanje, Portugal en Tsjecho-Slowakije). Wetgeving was in voorbereiding o.a. in Denemarken, Zwitserland, Engeland en Zweden (8 of 8,5 uur).

65 Wet van 1 november 1919, Stb. 624.

66 Beenhakker 1969, p. 647: voor werk buiten fabrieken of werkplaatsen en kantoren werd het dagmaximum gesteld op 11 en het weekmaximum op 55 uren.

zaterdagmiddag voor alle werknemers, zondagsrust, en het verbod van nachtarbeid. De bijzondere bescherming van kinderen en vrouwen werd gehandhaafd.⁶⁷

De praktische betekenis van de beschermingsregels voor vrouwelijke werknemers zou overigens lange tijd gering zijn, aangezien vrouwen met gezinsverantwoordelijkheden vanaf de jaren dertig van de arbeidsmarkt verdwenen.⁶⁸ Pas vanaf de jaren zestig zou daar geleidelijk verandering in komen. Overigens waren er ook categorieën werknemers die werden uitgezonderd in de Aw. De wet was niet van toepassing op het hoofd of de bestuurder van de onderneming of diens echtgenoot (art. 1 lid 1 onder c). Art. 91 Aw liet de mogelijkheid open dat bij amvb het leidinggevend en wetenschappelijk personeel, alsmede personen boven een bepaalde loongrens, van onderdelen van de wet, met name van de voorgeschreven werk- en rusttijden, waren uitgezonderd.⁶⁹

De wet was een zogenaamde 'raamwet'. De hoofdlijnen in de wet konden nader uitgewerkt worden in amvb's. Daarin konden ook uitzonderingen worden gegeven op de bovengenoemde verboden. Zo kon bijvoorbeeld toestemming voor overwerk worden verleend.⁷⁰ Kenmerkend voor de Arbeidswet 1919 en de uitwerking ervan waren voorts de verschillende regelingen voor onderscheiden bedrijfstakken.⁷¹ Ook de inwerkingtreding van de Aw was niet gelijk voor alle bedrijfstakken. Vanaf 1919 werd de werkingssfeer geleidelijk uitgebreid van fabrieken naar nagenoeg alle sectoren, waarvan de laatste de landbouwsector in 1955 was.⁷²

In de Arbeidswet 1919 was zogenaamde 'nevenarbeid' verboden voor zover de werknemer die arbeid ook niet bij zijn hoofdwerkgever mocht verrichten.⁷³ Art. 48 lid 1 bepaalde bijvoorbeeld dat een arbeider die arbeid placht te verrichten in een winkel, buiten die winkel geen arbeid mocht verrichten anders dan bij of

67 Het verbod te werken na de bevalling werd uitgebreid naar maximaal 8 weken, eventueel te verminderen met twee vóór de bevalling niet gewerkte weken. Voorts werd het zogeheten zoogrecht in de wet opgenomen. Zie hierover nader hoofdstuk 4.

68 Zie ook par. 4.1.2; Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 32.

69 Hiervan werd in verschillende Werktijdenbesluiten gebruik gemaakt. In 1987 was de loongrens fl. 50.600 (Bakels 1987, p. 44).

70 De toestemming tot afwijking van de Aw kon worden verleend als in een bedrijf op bepaalde tijden van het jaar een opeenhoping van werk placht voor te komen of als zich in een onderneming bijzondere omstandigheden voordeden (zie art. 19 lid 1, art. 28 lid 1, art. 52 lid 3 Aw; Van Drongelen 1986, p. 298). Op deze criteria is eind vorige eeuw wel kritiek geuit vanwege het onbepaalde karakter ervan, zie Hoeksema en Van Drongelen 1988, p. 163-169.

71 Voor wat betreft de arbeids- en rusttijdenregeling was in de wet zelf al een onderscheid gemaakt in een aantal categorieën van arbeid, zoals arbeid in fabrieken of werkplaatsen, in kantoren en in winkels. Dit werd nader uitgewerkt in besluiten zoals het Werktijdenbesluit voor fabrieken of werkplaatsen, besluit van 8 september 1936, Stb. 1936, 862, het Werktijdenbesluit voor kantoren, besluit van 8 mei 1937, Stb. 1937, 844; verder waren er aparte besluiten voor arbeid in winkels, koffiehuisen en hotels, verplegingsinrichtingen, apotheken, bioscopen, zwembaden, pakhuizen en 'restgroepen'.

72 Van Drongelen 1990, p. 304; Bakels 1987, p. 48. Naast de Arbeidswet 1919 bestonden nog enige wetten voor specifieke sectoren zoals de Stuwadoorswet, wet van 16 oktober 1914, Stb. 1914, 486, de Rijtijdenwet 1936, wet van 9 november 1936, Stb. 1936, 802, en de Wet arbeids- en rusttijden zeescheepvaart, wet van 21 juni 1973, Stb. 1973, 380.

73 Zie art. 21, 32, 48, 53, 63 en 66 Arbeidswet 1919. Van Drongelen 1987, p. 34-38.

krachtens deze paragraaf ten aanzien van zijn arbeid in die winkel was bepaald, behoudens toestemming van de Arbeidsinspectie (lid 2). Bij het verlenen van toestemming voor uitzonderingen moest de Arbeidsinspectie het persoonlijk belang van een hoofd of bestuurder van de onderneming of het persoonlijk belang van de arbeider afwegen tegen het maatschappelijk belang, dat de wet poogde te dienen.⁷⁴ De werknemer had een inlichtingenplicht met betrekking tot zijn nevenarbeid (art. 80). Niet-naleving daarvan was strafbaar (art. 82). Deze verplichtingen dienden niet zozeer om de werknemer in zijn vrijetijdsbesteding te beperken, maar om ontduiking van de wet door samenspanning tussen werkgevers te voorkomen.⁷⁵ In het parlement werd de minister gevraagd om verder in te grijpen in de wijze waarop de werknemer zijn vrije tijd zou besteden, bijvoorbeeld door de sanctie van ontslag op staande voet. Van de beperking van de arbeidsduur verwachtte men een verbetering van de productiviteit per gewerkt uur, en dat voordeel zou teniet worden gedaan als de werknemer na de werkdag nog elders werkzaamheden zou verrichten.⁷⁶ Het doel van de wettelijke beperking van de arbeidsduur was echter volgens de minister in de eerste plaats, het bevorderen van de gelegenheid deel te nemen aan het gezinsleven of het verenigingsleven en de gelegenheid zich te ontwikkelen. Pas daarna kwam het tegengaan van de nadelige effecten van langdurige arbeid op de gezondheid. Of de werknemer wel of niet gebruik zou maken van die gelegenheid, was echter aan hem. De volwassen werknemer hoefde volgens de Minister niet tegen zichzelf in bescherming te worden genomen.⁷⁷

Schending van de Arbeidswet was een strafbaar feit, meestal een overtreding voor de werkgever.⁷⁸ Aanvankelijk had de wet in de praktijk geen groot effect. De Arbeidsinspectie rapporteerde in de jaren dertig over stelselmatige overtreding van voorschriften. Werknemers durfden daar niet tegen op te treden uit angst werkloos te worden.⁷⁹ De controle op de naleving was gebrekkig en bovendien werden op grote schaal overwerkvergunningen toegekend, overigens vaak zonder dat daar extra loon tegenover stond.⁸⁰ Afspraken in cao's over arbeidsduur en de betaling van overwerk waren vanaf midden jaren dertig waarschijnlijk een belangrijker bron van beperking van arbeidstijden dan deze wet. Na de oorlog werd de naleving van de wet iets beter

74 *Kamerstukken II* 1918/19, 408, nr. 3, p. 19. Het daarin gegeven voorbeeld was dat van een fabrieksarbeider die na zijn werk nog als figurant in een toneelstuk wilde spelen.

75 *Kamerstukken II* 1918/19, 408, nr. 3, p. 19. Werkgevers zouden onderling werknemers kunnen gaan uitwisselen en daardoor de maximale arbeidsdag overschrijden. Om dat te voorkomen werden werkgevers aansprakelijk voor de naleving van de beperking van arbeidstijden, ook buiten het eigen bedrijf. Werknemers waren zelf niet aansprakelijk voor de overschrijding; zij hadden slechts de verplichting de nevenarbeid te melden.

76 *Kamerstukken II* 1918/19, 408, nr. 4, p. 44.

77 *Kamerstukken II* 1918/19, 408, nr. 5, p. 62. De Hoge Raad zou in 1931 bepalen, dat nevenarbeid op grond van de Arbeidswet 1919 was toegestaan voor zover die arbeid volgens die wet ook op de werkplaats zelf zou zijn toegestaan. HR 2 februari 1931, NJ 1932, p. 1138.

78 De buitengerechtelijke behandeling (opsporing, proces verbaal) was naast de gebruikelijke opsporingsorganen opgedragen aan een gespecialiseerde ambtelijke dienst, de Arbeidsinspectie. Zie Van Drongelen 1990.

79 Janssen 1969, p. 667.

80 Beckers 1983, p. 106.

gewaarborgd, zei het dat de handhaving door de Arbeidsinspectie eigenlijk steeds te wensen overliet.⁸¹

Tot ongeveer midden jaren tachtig bleef het 'raamwerk' van de wet grotendeels gelijklopend aan de vooroorlogse bepalingen. De arbeid was in 1985 voor de meeste sectoren beperkt tot 8,5 uur per dag en 48 uur per week. Volgens de hoofdregel werd in fabrieken en op kantoren tussen zes uur 's avonds en zeven uur 's ochtends geen arbeid verricht. De arbeidsduur op zaterdag bedroeg 5,5 uur. De wekelijkse rust werd geregeld door een aantal verbodsbepalingen voor arbeid tussen zaterdag 13.00 uur tot maandag 7.00 uur. In de amvb's waren generieke afwijkingen gecreëerd om tegemoet te komen aan de behoeften van het bedrijfsleven.⁸² Naast algemene voorschriften voor arbeids- en rusttijden bevatte de Aw in 1985 nog steeds speciale regels voor vrouwen en jeugdigen. Het vigerende Arbeidsbesluit 1920⁸³ bepaalde voor vrouwen lagere maximale arbeidstijden dan voor mannen en verbood nacht-arbeid.⁸⁴ Een speciale bescherming voor vrouwen was voorts opgenomen in art. 11 Aw, volgens welke zij geen arbeid mocht verrichten gedurende acht weken na een bevalling. Sinds 1930 bestond overigens een recht op zwangerschaps- en bevallings-uitkering.⁸⁵ Strikt genomen was er geen wettelijk recht op verlof gedurende de periode van arbeidsverbod of uitkering.⁸⁶ De arbeidsverhouding werd vaak als beëindigd beschouwd op het moment dat de werkneemster verzuimde in verband met de naderende bevalling of vanwege het arbeidsverbod.⁸⁷ Dit werd in de praktijk anders bij de introductie van het ontslagverbod bij huwelijk, zwangerschap en bevalling in 1976 (art. 1639h lid 4 BW). Dit opzegverbod tijdens de zwangerschap en het bevallingsverlof maakte het verschil met een recht op verlof gedurende de uitkeringsperiode verwaarloosbaar.⁸⁸ Ten slotte kon nog gewezen worden op art. 11 lid 2 Arbeidswet, ingevoerd in 1919, volgens welke de werkneemster behoorlijk in de

81 Jacobs 2006; zie over de ontwikkeling van de Arbeidsinspectie uitvoerig Van Drongelen 1990.

82 Zo waren in fabrieken en werkplaatsen afwijkingen van de zondagsrust bijvoorbeeld toegestaan, zij het dat dan eens in de drie of vier weken een zondag vrij moest zijn (Frenkel en Jacobs 1986, p. 27). Ook ploegendienst was onder voorwaarden mogelijk (p. 28). Afwijkingen bij kantoren golden vooral voor de kantoren in de vervoerssector, die te maken konden hebben met seizoen-drukke en spoedeisend werk (p. 29-30).

83 Besluit van 1 augustus 1920, gewijzigd bij amvb 21 november 1973, ingevoerd 1 januari 1974. Zie Frenkel en Jacobs 1986, p. 25-26.

84 De maximale arbeidstijd voor vrouwen was korter: tien uur voor vrouwen resp. elf uur voor mannen, 55 uur per week resp. 63 uur per week. Zie Wentholt 1990a, p. 105. In fabrieken en werkplaatsen was nacht arbeid voor vrouwen tussen 22.00 uur en 6.00 uur verboden. Zie SER 1980/2.

85 Vanaf de inwerkingtreding van de ZW in 1930 was de zwangerschapsuitkering en de bevallings-uitkering gesteld op een periode van 6 weken, ter voldoening aan het in 1919 tot stand gekomen IAO-verdrag nr. 103, Verdrag ter bescherming van het moederschap. Ongehuwde vrouwen waren aanvankelijk uitgesloten van uitkering. In 1989 bestond het recht nog steeds gedurende zes weken voor en zes weken na de bevalling (art. 29 lid 7 ZW). Zie uitvoerig Monster en Timmers-de Vin 1989, hoofdstuk 9.

86 Volgens Monster 1995, p. 19, is uit de parlementaire behandeling van art. 11 Arbeidswet niet op te maken dat het werd opgevat als een recht op verlof.

87 Zie nader par. 4.2.1. Ook na ontslag was er recht op zwangerschaps- en bevallingsuitkering, hetzij vanuit een WW-uitkering, hetzij op grond van de nawerking van de verzekering op grond van art. 46 lid 5 ZW, zie Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 165 e.v.

88 Volgens Monster 1995, p. 33.

gelegenheid moest worden gesteld om haar kind te zogen. Daarmee werd zowel tijd als locatie bedoeld.⁸⁹ Aangenomen werd dat deze bepaling impliceerde dat over die tijd recht op loon bestond.⁹⁰

3.3 Collectieve ordening in het civielrechtelijke arbeidstijdenrecht

3.3.1 BW vanaf 1907

In 1907 werd de wet op de Arbeidsovereenkomst⁹¹ aangenomen, een regeling die onderdeel ging uitmaken van het BW. De wet bevatte enkele bepalingen die de mogelijkheid van de werkgever om vrijelijk te beschikken over de tijd van de werknemer beperkten.

Volgens art. 1638c BW was de werkgever in bepaalde omstandigheden verplicht om loon door te betalen ook als de werknemer de bedongen arbeid niet had verricht (art. 1638c lid 1 en 3 BW). Ten eerste had de werknemer recht op doorbetaling van loon voor een betrekkelijk korte tijd, als hij ten gevolge van ziekte verhinderd was arbeid te verrichten. Voorts had de werknemer recht op loon als hij een door wet of overheid zonder geldelijke vergoeding opgelegde verplichting moest vervullen die niet in zijn vrije tijd kon geschieden. Daaronder werd begrepen de uitoefening van de kiesbevoegdheid (lid 4). Voorts vielen daaronder de verplichting om aangifte van een geboorte te doen bij de burgerlijke stand, en de opkomst van de militieplichtige en de landweerplichtige voor het jaarlijks onderzoek.⁹² Uitgezonderd waren het ondergaan van gevangenisstraf, militaire dienst of het als getuige voor de rechter verschijnen, dat laatste omdat hier vergoeding van overheidswege plaats vond.⁹³ Ten slotte had men recht op doorbetaald verlof bij 'zeer bijzondere, buiten zijn schuld ontstane omstandigheden, die hem verhinderen zijn arbeid te verrichten'. Dit verlof staat thans bekend onder de naam calamiteitenverlof. Art. 1638c lid 4 bepaalde dat onder bijzondere omstandigheden in ieder geval werden begrepen de bevalling van de echtgenote van de werknemer, het overlijden en de begrafenis van een van zijn huisgenoten of van een van zijn bloed- en aanverwanten 'in de rechte linie onbepaald en in de tweede graad der zijddlinie'. Volgens Meijers gaven de genoemde omstandigheden de arbeider in de regel het recht om te weigeren de arbeid te verrichten, maar niet wanneer het belang van de werkgever bij het verrichten van de arbeid groter was dan het belang van de werknemer bij het niet verrichten.⁹⁴ In de jurisprudentie kwam als bijzondere omstandigheid voor het huwelijk van de werknemer.⁹⁵ Ziekte van de vader van de werknemer was niet als zodanig aange-merkt, evenmin als evacuatie als gevolg van oorlogsomstandigheden, omdat dit te

89 *Kamerstukken II* 1918/19, 408, nr. 5, p. 66.

90 *Monster en Timmers-de Vin* 1989, p. 153-154; *Olbers* 1985, p. 11; *SER* 1983/20.

91 *Stb.* 1907, 193, i.w.tr. 1 februari 1909.

92 *Meijers* 1912, p. 120.

93 *Meijers* 1912, p. 120; zie ook *Bles II*, p. 527.

94 *Meijers* 1912, p. 121.

95 *Kt. Amsterdam* 22 oktober 1923, *R.B.A.* XI, 100.

lang duurde.⁹⁶ Van de bepalingen in dit artikel mocht bij schriftelijk aangegane overeenkomst of bij reglement worden afgeweken. Onder schriftelijke aangegane overeenkomst viel ook een cao.⁹⁷

Volgens art. 1638w lid 1BW was de werkgever verplicht om de arbeid zo te regelen dat de werknemer niet hoefde te werken op zondag en dagen die volgens het plaatselijk gebruik gelijkgesteld werden aan de zondag, behalve voor zover het tegendeel was bedongen of uit de aard van de arbeid voortvloeide. De wet gaf de werknemer geen recht op doorbetaling van loon tijdens deze verlofvormen. Het verbod van zondagsarbeid is op het initiatief van enkele kamerleden in de wet gekomen, die daarmee met name de bevordering van de zondagsrust op het oog hadden.⁹⁸ Men zag onder andere huiselijke diensten en het werken in het melk- en veebedrijf als uitgezonderd.⁹⁹

Naast deze bepalingen die van toepassing waren op alle werknemers, bevatte het BW bepalingen die specifieke groepen op het oog hadden. Ten eerste was de werkgever verplicht om ten aanzien van minderjarige arbeiders de arbeid zo te regelen, dat zij volgens het plaatselijk gebruik 'godsdienst-, voortgezet-, herhalings- of vakonderwijs' konden volgen (art. 1638w lid 2 BW). Ten tweede bepaalde art. 1638v BW dat inwonende werknemers recht hadden op verlof met behoud van loon om godsdienstplichten te vervullen en om 'ontspanning van den arbeid te genieten, in beide gevallen op de wijze bij overeenkomst, of, bij gebreke van dien, door het plaatselijk gebruik bepaald'. Bij inwonende werknemers werd blijkens de parlementaire geschiedenis vooral gedacht aan vrouwelijke dienstbodes.¹⁰⁰ Sommige kamerleden meenden dat deze verplichtingen niet zouden moeten berusten op de gesloten overeenkomst of de wet, maar op burgerzin en naastenliefde. Anderen verbaasden zich hierover, omdat volgens hen 'de zorg voor de veiligheid en persoon en goed des arbeiders een van de voornaamste verplichtingen is, die krachtens de arbeidsovereenkomst op de werkgever rusten.' In de Eerste Kamer werd gelet daarop gevraagd waarom het artikel beperkt was tot inwonende arbeiders. Het antwoord van de minister was, dat inwonende arbeiders vanwege hun inwoning steeds met werkzaamheden belast kunnen worden, terwijl bij andere arbeiders de arbeidstijden korter waren en zelden op zondag.¹⁰¹ Het artikel werd zonder hoofdelijke stemming aangenomen.

96 Kt. Breda 13 juni 1923, *NJ* 1924, p. 468 resp. Kt. Arnhem 10 december 1945, *NJ* 1946, 154. Zie Molenaar 1957, p. 87.

97 Bij cao werd echter niet vaak afgeweken van dit artikel. Eerder was het gebruikelijk dat in cao's het recht op kortdurend betaald verlof werd uitgebreid naar allerlei omstandigheden (zie par. 3.3.4).

98 Bles I, p. 286-287. In de Zondagswet, daterende van 1815 maar opnieuw vastgesteld in 1953 (Stb. 1953, 490), werd een aantal christelijke feestdagen gelijkgesteld aan zondagen. Het 'plaatselijk gebruik' zoals genoemd in art. 1638w kon hier echter van afwijken (zie Olbers 1993, p. 772).

99 Bles I, p. 286-287 en p. 290.

100 Bles I, p. 283-285. Parlements lid De Savornin Lohman meende dat het een nutteloos artikel was, omdat er wel niet één dienstbode zou zijn, die niet tevoren zou afspreken wanneer zij vrij zou zijn van de arbeid. Overigens waren er ook mannen die inwonend waren, voornamelijk in de landbouw als boerenknecht.

101 Bles I, p. 289-290.

3.3.2 Arbeidsduurverkorting

Na de invoering van de wet op de arbeidsovereenkomst zou er op het front van de arbeidstijden lang weinig veranderen in het BW. Een belangrijke nieuwe bron van civiel arbeidstijdenrecht werd de collectieve arbeidsovereenkomst, een bron die vanaf 1927 wettelijk geregeld was.¹⁰² Gedurende de twintigste eeuw zouden verlof-rechten of arbeidsduurverkorting veelal eerst aan de collectieve onderhandelings-tafel worden bevochten voordat de wetgever zich erover boog. Wettelijke verlofregelingen bevatten vervolgens vaak minimumrechten die aangevuld en ge-specificeerd konden worden bij cao. Een voorbeeld van een in een cao geregeld recht was de doorbetaling van loon tijdens verlof bij zon- en feestdagen. In cao's werd veelal gespecificeerd om welke feestdagen het ging. Tevens bepaalden de meeste cao's al sinds 1926, dat de werknemer recht had op doorbetaling van loon over die dagen, mits ze niet op een zaterdag of zondag vielen.¹⁰³

Na de Tweede Wereldoorlog werd de strijd om arbeidstijdverbetering tijdelijk opgeschort. De arbeidsverhoudingen stonden in het teken van de wederopbouw en de overheid werkte zelfs mee aan verplichte verlenging van de werkdag. Het BBA 1945 schreef een minimale werkweek van 48 uur voor.¹⁰⁴ Dat bracht onder andere mee, dat het in samenhang met de Arbeidswet 1919, niet mogelijk was om bijvoorbeeld een vijfdaagse werkweek overeen te komen van 8,5 uur per dag, ook niet als daarmee schaarse werknemers konden worden aangetrokken.¹⁰⁵ De overheid be-moeide zich tegelijkertijd middels de geleide loonpolitiek met de hoogte van de lonen. Die dienden minstens zo hoog te zijn dat er een gezin van onderhouden kon worden.¹⁰⁶ Daardoor konden werknemers in beginsel rondkomen zonder een extra baan te hoeven nemen naast de in hun bedrijfstak gebruikelijke voltijdse werkweek. De loonbescherming leverde indirect dus ook arbeidstijdbescherming op. Vanaf 1969 werd een wettelijke bodem onder het loongebouw gelegd in de Wet minimum-loon en minimumvakantiebijslag (WML).¹⁰⁷ In hoofdstuk 4 wordt nader ingegaan op de verhouding tussen arbeidstijdbescherming en inkomensbescherming.

In de jaren vijftig werd Nederland geleidelijk welvarender en stond arbeidstijd-verkorting weer hoog op het verlanglijstje van de bonden. De eerste landelijk gerealiseerde arbeidstijdverkorting na de Tweede Wereldoorlog was de vrije zater-dag. Door de vakbonden werd de vrije zaterdag gezien als een goed alternatief voor

102 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, wet van 24 december 1927, Stb. 1927, 415; Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, wet van 25 mei 1937, Stb. 1937, 801.

103 Al in 1926 bepaalden 573 van de 763 cao's dat de werkgever tot doorbetaling van het loon over deze dagen verplicht was, zie Olbers 1993, p. 777.

104 Beckers 1983, p. 22; Rus 1948.

105 Rus 1948, p. 232-233, meldt dat sommige werkgevers hiertoe overgingen vanwege het grote tekort aan arbeidskrachten, vooral aan geschoolde en vrouwelijke werknemers. Hij meent dat dit krachtens art. 8 lid 1 BBA strafbaar was. Echter, destijds werden lonen doorgaans per uur vastgesteld en niet per week of maand. In dat geval was het verbod niet van toepassing, zie art. 8 lid 2 BBA.

106 Bakels 1987, p. 193 en Levenbach 1955, p. 16. Zie ook Fase 1980, p. 44 en p. 370; Molenaar 1957, p. 500. Zie hierover nader par. 4.2.1.

107 Wet van 27 november 1968, Stb. 1968, 657, i.w.tr. 23 februari 1969.

loonsverhoging, die vanwege de geleide loonpolitiek in die jaren niet goed te realiseren viel.¹⁰⁸ Volgens het CNV zou de vrije zaterdag bovendien bijdragen aan het respect voor de zondagsrust.¹⁰⁹ Werkgeversorganisaties waren aanvankelijk huiverig uit angst voor verlies van productiviteit.¹¹⁰ Desondanks werd de vrije zaterdag in 1960-1961 in korte tijd gemeengoed. Dit hing samen met de krappe arbeidsmarkt in die jaren. Om nog aan personeel te komen gingen veel grote bedrijven er plotseling toe over om een vrije zaterdag aan te bieden. Eind 1961 was voor ruim 70% van de werknemers de vijfdaagse werkweek ingevoerd,¹¹¹ overigens veelal zonder verlies van uren.¹¹² Geleidelijk verminderde in de jaren daarna de gemiddelde arbeidsduur per week tot circa 40 uur per week aan het einde van de jaren zeventig.¹¹³

De wetgever voegde in dezelfde periode aan het BW toe een recht op een vrije middag voor huispersoneel. Art. 1638w lid 3 verplichtte de werkgever om de werknemer die minimaal 42 uur en zes dagen per week in zijn huishouding werkte, minimaal een middag in de week of op maandagochtend vrij te geven. Volgens de minister behoeft het recht op een vrije middag op zichzelf geen verdediging. De meeste werknemers beschikten volgens hem over een dergelijk recht.¹¹⁴

3.3.3 Vakantie

Na de vrije zaterdag was het recht op vakantie aan de beurt. Het recht op vakantie was voor de Eerste Wereldoorlog nog een luxe-artikel, dat voor weinig werknemers was weggelegd.¹¹⁵ Tijdens het interbellum veranderde dat langzaam, waarbij de beter geschoolde, stedelijke werknemers een voorsprong hadden.¹¹⁶ Tijdens de oorlog kregen alle werknemers mede door maatregelen van de bezetter recht op een week vrijaf tussen kerstmis en Nieuwjaar, met recht op loon.¹¹⁷ In de naoorlogse periode was er sprake van een snelle uitbreiding van het recht op vakantie. De vakbonden bleken in staat voor een meerderheid van de werknemers vakantierechten af te dwingen in compensatie voor hun medewerking aan de loonmatiging.¹¹⁸ In

108 Zie SER 1958/2: uit een enquête onder CNV-leden bleek dat 57% van de ondervraagden arbeidstijdverkorting verkoos boven loonsverhoging. Dit kwam voor een groot gedeelte voort uit de behoefte meer tijd te hebben voor het gezinsleven en recreatie. De vrije zaterdag was echter niet zo noodzakelijk dat men daar loon voor wilde inleveren (zie ook Beckers 1983, p. 235).

109 Dit blijkt uit onderzoek naar vakbondspublicaties in de scriptie van Tiddens en Van Rijen 1985, ter inzage in de bibliotheek van de Universiteit van Amsterdam.

110 SER 1958/2.

111 Beckers 1983, p. 239.

112 Om een vijfdaagse werkweek te realiseren werd veelal een 9-urige werkdag ingevoerd, waarvoor overigens een vergunning van de Arbeidsinspectie vereist was (zie Van Drongelen 1986, p. 299). In de detailhandel werd in 1964 een akkoord bereikt over een zesdaagse openstelling en een vijfdaagse werkweek in de vorm van vijftig vrije dagen per jaar. In deze bedrijfstak gingen voor het eerst bedrijfstijden en werktijden uiteenlopen, zie Tijdens 1998, p. 213.

113 Beckers 1983, p. 241.

114 *Kamerstukken II* 1959/60, 5 709, nr. 3, p. 1.

115 Hessels 1973, p. 78.

116 Beckers 1983, p. 112.

117 Beckers 1983, p. 116, zie Hessels 1973, p. 91.

118 Beckers 1983, p. 116.

1952 was door het College van Rijksbemiddelaars een minimum van een week vakantie vastgesteld.¹¹⁹ Daarmee kregen ook werknemers die niet onder een cao vielen een vakantierecht. Ten slotte zag ook de wetgever reden om het recht op vakantie in het BW vast te leggen.¹²⁰ De rechtsgrond die de minister aandroeg bij het wetsvoorstel was niet alleen de noodzaak tot ontspanning, doch ook “het recht van de arbeidende mens, deel te hebben aan de welvaart, welke aan de maatschappij mede door zijn arbeid ten deel valt.”¹²¹ Volgens de minister was het niet behoeven verrichten van arbeid een verschijningsvorm van de welvaart. “Vrije tijd opent de weg tot andere elementen van welvaart, waarvan het genieten afhankelijk is van de beschikking over vrije tijd. Toedeling van vrije tijd is derhalve een belangrijk element van maatschappelijke verdeling.”¹²²

In 1966 was een vakantieduur van twee weken voor volwassenen en drie weken voor jeugdigen vastgelegd. In 1971¹²³ werd dit verlengd tot resp. drie en vier weken. In 1988¹²⁴ werd de minimum termijn voor alle werknemers verlengd tot vier weken. Het begrip ‘vakantie’ was overigens niet in de wet gedefinieerd. Tijdens de parlementaire behandeling van de WML gaf de minister aan dat algemeen erkende christelijke feestdagen niet als zodanig werden beschouwd, noch feestdagen waarop volgens plaatselijk gebruik vrijaf met behoud van loon werd gegeven.¹²⁵ Bij een latere wetwijziging was nog opgemerkt dat ook roostervrije dagen geen vakantiedagen waren.¹²⁶ Volgens art. 1638ee BW mocht de werkgever bepaalde dagen gedurende welke om andere reden verlof werd genoten of niet was gewerkt, niet als vakantie aanmerken.¹²⁷

De werknemer behield gedurende het genot van de hem toekomende vakantie aanspraak op loon (art. 1638hh BW). Recht op onbetaald verlof had de werknemer als hij een uitkering van een vorige werkgever had ontvangen ter zake van niet genoten vakantiedagen (art. 1638jj BW). De werknemer had daarenboven vanaf 1969 recht op een vakantieuitkering op grond van de WML. De vakantierechten werden in beginsel opgebouwd over de dagen dat de werknemer recht had gehad op loon. In

119 Stcrt. 1952, 151. Het College van Rijksbemiddelaars was een commissie die onder andere uitvoering gaf aan de geleide loonpolitiek, zie nader par. 4.2.1

120 Bij wet van 14 juli 1966, Stb. 1966, 290, kwamen de art. 1638bb t/m 1638ll in het BW, thans art. 7:635 t/m art. 7:642 BW.

121 *Kamerstukken II* 1962/63, 7 168, nr. 5, p. 2.

122 Zie *Kamerstukken II* 1962/63, 7 168, nr. 3, p. 4-5. Ter rechtvaardiging van het feit dat de minister het recht op vakantie wettelijk wilde vastleggen ondanks het feit dat de meeste werknemers dat recht al hadden, verwees de minister daarnaast naar Aanbeveling 98 van de IAO uit 1954 en art. 2 lid 3 en art. 7 lid 7 van het ESH.

123 Bij wet van 9 juni 1971, Stb. 1971, 379.

124 Bij wet van 9 juni 1988, Stb. 1988, 281.

125 *Kamerstukken II* 1965/66, 7 168, nr. 5, p. 2.

126 *Kamerstukken II* 1985/86, 15 575, nr. 3, p. 12.

127 ‘Calamiteitenverlof’ zoals genoemd in art. 1638c lid 3 en 4 en de dagen waarin ondanks het feit dat er geen recht op loon was, toch vakantie werd opgebouwd, bedoeld in art. 1638dd. Uiteraard mochten ook de vrije zaterdag of zondag niet als vakantie worden aangemerkt.

sommige uitzonderingsgevallen liep de opbouw echter door, ook al was er geen recht op loon.¹²⁸

Bij het opnemen van de vakantie had de werkgever een tamelijk grote zeggenschap. De werkgever was verplicht de werknemer in de gelegenheid te stellen om een keer in het jaar gedurende twee opvolgende weken vakantie op te nemen, of, als de bedrijfsvoering dit noodzakelijk maakte of de werknemer dit liever had, gedurende tweemaal een week (1638ff). Als het tijdstip van aanvang en einde van de vakantie niet tevoren was geregeld in een reglement of een individuele of collectieve arbeids-overeenkomst, mocht de werkgever het tijdstip vaststellen, zij het tijdig en na overleg met de werknemer (art. 1638gg). De werkgever diende de vakantie 'zoveel mogelijk' te laten vallen tussen 30 april en 1 oktober. De werkgever kon, als daartoe gewichtige redenen aanwezig waren, na overleg met de werknemer, het door hem vastgestelde tijdvak van de vakantie wijzigen. De schade, die de werknemer ten gevolge van de wijziging van het tijdvak leed, moest door de werkgever vergoed worden. Volgens art. 1638ll BW verjaarde ieder vorderingsrecht tot toekenning van vakantie na verloop van twee jaren na het tijdstip, waarop de aanspraak was ontstaan. De bepalingen waren allen van dwingend recht.¹²⁹

3.3.4 Verlofrechten in cao's

Het recht op verlof was tot de jaren zeventig redelijk overzichtelijk.¹³⁰ De omschreven wettelijke regelingen werden aangevuld met bovenwettelijke verlof- en vakantiedagen in cao's en recht op doorbetaling van loon tijdens het verlof. Sinds midden jaren zeventig werd dat beeld echter complexer, met name door de bepalingen in cao's. Deze ontwikkeling valt te karakteriseren als een omslag van uniforme regelingen die gericht waren op maatschappelijke ordening naar variabele verlofrechten en werktijden die leiden tot individuele variatie. Zo veranderde het recht op verlof op zon- en feestdagen van een regel die moest waarborgen dat de zondagsrust en de viering van christelijke feestdagen werd gerespecteerd, naar een recht op 'een vrij weekend' en rechten op vrijaf op het moment dat daar behoefte aan was. Dit was te zien aan cao's waarin werkgevers en werknemers met dergelijke verlofrechten

128 Volgens art. 1638dd zoals van toepassing in 1985, als de werknemer werd opgeroepen voor militaire oefening anders dan de eerste oefening; als hij deelnam aan een bijeenkomst van een vakvereniging met toestemming van de werkgever; als hij verlof had voor het als lid bijwonen van vergaderingen van vertegenwoordigende organen met uitzondering van de Tweede Kamer (met verwijzing naar art. 1638nn); over de tijd dat de werknemster aanspraak had op ziekengeld wegens zwangerschap en bevalling; als de werknemer jeugdig was en recht had op verlof voor het volgen van een opleiding; als hij ziek was, tenzij de ziekte door zijn opzet was veroorzaakt, voor het tijdvak van de laatste zes maanden.

129 Volgens een tweetal bepalingen kon worden afgeweken bij cao van art. 1638mm. Volgens art. 1638cc lid 2 BW: berekening van tijdvakken over gewerkte maanden in plaats van over het aantal gewerkte dagen. Volgens art. 1638hh lid 2 BW: schadevergoeding wegens inkomensderving in plaats van loon tijdens de vakantie.

130 Olbers 1985, p. 9.

konden schuiven min of meer naar gelang hun behoefte.¹³¹ De 'individualisering' valt ook af te leiden uit het feit dat begin jaren tachtig in een minderheid van de cao's bepalingen voorkwamen om werknemers met een niet-christelijke religieuze overtuiging in de gelegenheid te stellen verlof te nemen tijdens hun religieuze feestdagen, zij het dat die verlofdagen meestal ten koste gingen van de vakantieaanspraken.¹³² Vanaf begin jaren zeventig werd het bovendien gebruikelijk om in cao's aan oudere werknemers de mogelijkheid te geven om per week minder te werken met behoud van loon over de niet gewerkte uren.¹³³

Het aantal gevallen waarin de werknemer mocht verzuimen werd vanaf midden jaren zeventig voorts aanzienlijk uitgebreid. Zo bleek uit een publicatie van het Loonbureau uit 1978 dat ook vrijaf met behoud van loon werd toegekend in de volgende gevallen: dienstjubileum van de werknemer; huwelijksjubileum van de werknemer, zijn (schoon)ouders of grootouders; priesterwijding en professie van een kind, broer, zuster e.d.; sollicitatie na ontslag-aanzegging door de werkgever; verhuizing van de werknemer; afleggen van vakexamens en bijwonen van vakbondsvergaderingen of scholingsbijeenkomsten van de vakbonden. Opmerking verdient het feit dat dergelijke rechten niet zelden werden 'geobjectiveerd', dat wil zeggen dat een werknemer die een beroep deed op het verlof niet hoefde aan te tonen dat hij daadwerkelijk behoefte had aan opname van het (hele) verlof.¹³⁴ In een onderzoek uit 1983 werd nog een enkele keer aangetroffen het verlof bij de ernstige ziekte van de echtgenote, kinderen of ouders en doktersbezoek.¹³⁵

3.3.5 Politiek en maatschappelijk verlof

De mogelijkheid tot politieke en maatschappelijke participatie van de arbeider droeg in de negentiende en twintigste eeuw in aanzienlijke mate bij aan zijn emancipatie.

131 In sommige cao's was er geen algemeen verbod meer maar werd (slechts) rekening gehouden met gewetensbezwaren van individuele werknemers tegen het werken op feestdagen (Olbers 1993, p. 773). In bedrijfstakken waar sprake was van arbeid in ploegenroosters, werd ter compensatie voor het werken op feestdagen veelal betaald verlof op een andere dag toegekend (Olbers 1993, p. 773). Deze 'evenredigheidsbepaling' werd soms ook toegepast op deeltijders (p. 776).

132 Olbers 1993, p. 774-775; zie ook HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350 (*Inan/De Venhorst*), waarin de A-G Mok een korte inventarisatie heeft gemaakt van dergelijke bepalingen. Volgens de Hoge Raad diende een goed werkgever de werknemer bij afwezigheid van een dergelijke cao-afpraak overigens wel in de gelegenheid te stellen om verlof op te nemen bij feestdagen anders dan de nationale feestdagen. De volgens andere godsdiensten geldende feestdagen konden echter niet met de algemeen erkende christelijke feestdagen op een lijn worden gesteld voor de beantwoording van de vraag of een werkgever bevoegd is op die andere feestdagen werkzaamheden te verlangen van individuele, naar de betreffende godsdienst levende, werknemers.

133 Hessels 1973, p. 103; Olbers 1985, p. 13.

134 Zo kon het recht op verlof bestaan onafhankelijk van de vraag hoelang de betreffende gebeurtenis duurde, en of de werknemer zelf invloed had op het tijdstip waarop de gebeurtenis viel. Soms werd buitengewoon verlof zelfs toegekend ongeacht de vraag of die gebeurtenis tijdens een werkdag viel (Albers e.a. 1983, p. 105). Deeltijders kregen dan een evenredig aantal dagen. Wel werd soms bij voorzienbare gebeurtenissen van de werknemer verwacht dat hij dit tijdig zou melden (Olbers 1985, p. 11).

135 Albers e.a. 1983, p. 102; zie ook *Monster en Timmers-de Vin* 1989, p. 203.

De belangrijkste rechten dienaangaande vallen meer in het domein van het staatsrecht, zoals het passieve en actieve kiesrecht.¹³⁶ Ook het arbeidsrecht heeft echter een bijdrage geleverd aan deze emancipatie door de daarvoor benodigde tijd te creëren, ofwel rechten op verlof. Hoewel het daarbij gaat om maatschappelijke of politieke activiteiten, kan deze behoefte aan vrije tijd ten opzichte van de werkgever volgens de normatieve definitie als 'privé' aangemerkt worden (zie par. 1.2.3). Vanaf 1907 bestonden al een aantal rechten op 'publiek verlof', die deels samenhingen met publieke plichten. Zoals vermeld gaf art. 1638c BW een recht op verlof bij het vervullen van publieke plichten. Men dacht daarbij aan kortdurende plichten waarvoor geen vergoeding van overheidswege werd gegeven. In de naoorlogse periode zijn deze verlofrechten uitgebreid.

Kiesrecht

Vanaf 1890 tot 1970 was de Nederlandse kiesgerechtigde verplicht zijn stem uit te brengen. Al vanaf 1896 bepaalde de Kieswet in art. 57 dat de werkgever verplicht was te zorgen dat iedere kiezer die bij hem in dienstbetrekking was, de gelegenheid kreeg zijn stem uit te brengen voor zover dit niet kon geschieden binnen de vastgestelde arbeidstijd en mits de kiezer daardoor niet meer dan twee uur verhinderd was zijn arbeid te verrichten.¹³⁷ In de wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 werd aan dit recht op verlof voor de uitoefening van het kiesrecht ook een recht op loondoorbetaling voor de duur van het verlof toegevoegd (art. 1638c lid 4). Dit recht op loon betrof in beginsel niet alleen de actieve kiesbevoegdheid maar ook de passieve (gekozen worden). Tegen dergelijk betaald verlof, en met name tegen langer durend betaald verlof, werden vanuit de Kamer ernstige bezwaren geuit, omdat men vond dat het aan de overheid was, en niet aan de werkgever om de werknemer financieel te ondersteunen tijdens het verrichten van diensten voor de overheid.¹³⁸ Ook waren sommigen bang dat werknemers met dergelijke verplichtingen minder snel een baan zouden vinden of zouden worden ontslagen.¹³⁹ De Minister pareerde deze kritiek door aan te geven dat het slechts om zeer kortdurende verplichtingen ging, gedurende hooguit enkele uren of dagen.¹⁴⁰ De langerdurende vervulling van een ambt, waartoe een werknemer gekozen was, gaf geen recht op loondoorbetaling. Dit was aanvankelijk wel voorgesteld, maar men was van mening dat, als de werknemer de toegang tot publiekrechtelijke lichamen moest worden vergemakkelijkt, dit door de toekenning van een presentiegeld van overheidswege moest geschieden, en niet ten koste van de werkgever.¹⁴¹

¹³⁶ Vrouwen hadden tot 1919 helemaal geen kiesrecht en mannen tot 1917 slechts als ze belasting betaalden, hetgeen voor ongeveer de helft van de bevolking het geval was. Zie Oud 1990, p. 156.

¹³⁷ Verhulp 1999, p. 8.

¹³⁸ Zie bijvoorbeeld Bles II, p. 460, Van Dedem: "Hoe is men toch op het denkbeeld gekomen om werk, dat wet of overheid van den arbeider vordert, door den werkgever te laten betalen? ... Waarom betaalt de overheid dezen arbeid, die zij in het algemeen belang van den arbeider vordert, niet zelf?" Zie ook Duymaer Van Twist, p. 471 en De Klerk, p. 543.

¹³⁹ Dit bezwaar werd met name geuit met betrekking tot dienstplichtigen door parlements lid Duymaer Van Twist, zie Bles II, p. 471.

¹⁴⁰ Bles II, p. 528. Zie voor de toepasselijkheid van art. 1638c lid 4 op het passief kiesrecht ook Bles II, p. 456.

¹⁴¹ Meijers 1912, p. 121.

Het kunnen opnemen van langer durend politiek verlof was derhalve lange tijd geheel afhankelijk van de medewerking van de werkgever. Daar kwam in 1980 verandering in door de opname van art. 1638nn in het BW.¹⁴² Volgens art. 1638nn BW (thans art. 7:643 BW) had de werknemer recht op verlof zonder behoud van loon voor het bijwonen van vergaderingen van bepaalde vertegenwoordigende organen of het zitting hebben in een bestuur van bepaalde publiekrechtelijke organen. Het verlof gold alleen voor functies die naar hun aard niet een gehele werkweek in beslag namen of niet volledig werden bezoldigd, en waarnaast de werknemer dus arbeid in dienstbetrekking kon blijven uitoefenen. Bij geschillen over het recht op onbetaald verlof kon de kantonrechter worden gevraagd te beoordelen in hoeverre, gezien het belang dat de werknemer aan de vergaderingen kon deelnemen, in redelijkheid van de werkgever kon worden gevergd dat de werknemer afwezig was (art. 1639nn lid 2). In art. 1638nn lid 3 (nu: art. 7:670 lid 6 BW) werd bepaald dat de werkgever de werknemer niet wegens het bijwonen van vergaderingen van het vertegenwoordigend orgaan mocht ontslaan, zolang de rechter omtrent het verlof niet had beslist.

Landverdediging

Recht op bezoldigd verlof bestond sinds 1907 zoals vermeld op grond van art. 1638c BW voor kortdurende verplichtingen in verband met de verdediging van Nederland of ter bescherming van de openbare orde. Hieronder vielen de opkomst van de militieplichtige en de landweerplichtige voor het jaarlijks onderzoek, mits het niet langer duurde dan een dag of twee.¹⁴³ Militaire dienst of de herhalingsoefening van de landweer vielen hier niet onder, uiteraard omdat dit niet kortdurend was, maar ook omdat hier vergoeding van overheidswege tegenover stond.¹⁴⁴ De gevolgen van langerdurende afwezigheid tengevolge van bijvoorbeeld dienstplicht werden verder aan de partijen bij de arbeidsovereenkomst overgelaten. Dat leidde doorgaans tot ontslag van dienstplichtigen.¹⁴⁵ Na de Tweede Wereldoorlog heeft men met terugwerkende kracht voor de terugkerende werknemers een voorziening getroffen in het BBA. Zij kregen het recht op terugkeer bij hun oude werkgever (art. 5 BBA 1945).¹⁴⁶ Sindsdien werd volgens het ontslagbeleid van de directeur van het arbeidsbureau voor ontslag tijdens militaire dienstplicht mede in het licht van art. 5 BBA normaliter geen vergunning verleend.¹⁴⁷ In 1953 werd dit beleid geformaliseerd in een civielrechtelijk ontslagverbod. Volgens art. 1639h lid 3 BW mocht de werkgever niet opzeggen gedurende de tijd dat een meerderjarige arbeider verhinderd was de bedongen arbeid te verrichten, omdat hij, 'anders dan met het oogmerk om de krijgsdienst of andere overheidsdienst bij wijze van beroep te verrichten, een verplichting naleeft, hem opgelegd door de wet of voortvloeiende uit een verbintenis door hem jegens de Overheid aangegaan, ten aanzien van 's Lands verdediging of ter

142 Bij wet van 2 juli 1980, Stb. 1980, 531. De voorbereiding van het wetsvoorstel was midden jaren zeventig gestart. Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 966, nr. 1-3. Zie Funke 1976.

143 Bles II, p. 528.

144 Meijers 1912, p. 120; Bles II, p. 528 en p. 566.

145 Ringeling 1953, p. 15.

146 Van der Grinten en Haakman 1952, p. 16 e.v.

147 Levenbach 1954, p. 26.

bescherming van de openbare orde'. Opmerkelijk is dat het ontslagverbod niet alleen gold tijdens door de overheid verplichte afwezigheid, maar ook tijdens afwezigheid wegens een vrijwillig aangegane verbintenis in het belang van de veiligheid of openbare orde.¹⁴⁸ In 1976 is de sanctie van nietigheid van een ontslag tijdens de dienstplicht ingevoerd.¹⁴⁹ Daarmee kreeg de bescherming van de werknemer bij afwezigheid wegens landverdediging feitelijk het karakter van een recht op verlof. Tijdens dat verlof had de werknemer weliswaar geen recht op loon (behalve als het kortdurend was), maar hij behield een recht op terugkeer naar zijn oude functie, en de tijd van zijn afwezigheid telde mee voor bijvoorbeeld de berekening van de opzegtermijn.¹⁵⁰

Behartiging van werknemersbelangen

Ten slotte had de werknemer sinds 1971 een wettelijke aanspraak op doorbetaling van loon als hij lid was van de ondernemingsraad of van de commissies van die raad voor de tijd besteed aan het bijwonen van de vergaderingen van die commissies, voor onderling beraad en voor scholing en vorming.¹⁵¹ Dit recht ging sinds 1979 gepaard met een opzegverbod.¹⁵² Uit een publicatie van het Loonbureau uit 1978 blijkt voorts dat in sommige cao's ook vakbondsleden rechten werd toegekend. Zo bestond soms een recht op verlof met behoud van loon voor het bijwonen van vakbondsvergaderingen of scholingsbijeenkomsten van de vakbonden.¹⁵³ Ten slotte kan nog gewezen worden op de rechten van personen die lid waren van de SER of die deel uitmaakten van een commissie van de SER, alsmede de personen die bestuurder waren of anderszins activiteiten verrichtten voor een publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Dit waren veelal ook werknemers. Een recht op verlof voor dergelijke activiteiten bestond niet. Wel werd een vergoeding gegeven voor de werkzaamheden.¹⁵⁴ De activiteiten van de SER en de pbo's, en dus ook deze vergoedingen, werden ook toen al grotendeels gefinancierd uit heffingen opgelegd aan werkgevers.¹⁵⁵

148 Volgens Levenbach vielen onder die categorie van vrijwilligers 'arbeiders die lid zijn van de reservepolitie, de nationale reserve of soortgelijke overheidsinstituten' (Levenbach 1954, p. 39).

149 Bij wet van 6 mei 1976 tot wijziging van het BW in verband met een ontslagverbod bij huwelijk, zwangerschap en bevalling, Stb. 1976, 295.

150 In Nederland is sinds 1 mei 1997 de opkomstplicht officieel opgeschort, zodat de dienstplicht thans geen maatschappelijke betekenis heeft.

151 Zie art. 17 lid 3, art. 18 lid 1 en 2 en art. 23 lid 6 WOR. Olbers 1985, p. 11; Verburg 2007, p. 36.

152 Art. 21 lid 2 WOR, ingevoerd bij wet van 5 juli 1979, Stb. 1979, 448. Voordien was voor opzegging van ondernemingsraadsleden toestemming nodig van de kantonrechter. Deze kon alleen toestemming verlenen als het hem aannemelijk voorkwam dat de opzegging geen verband hield met het lidmaatschap van de ondernemingsraad. Het toestemmingsvereiste gold sindsdien ten opzichte van kandidaat- en voormalige ondernemingsraadsleden. Sinds de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid in 1999 geldt overigens ook een opzegverbod wegens het lidmaatschap van een vakbond (art. 7:670 lid 5 BW). Dit verbod geldt niet als de activiteiten in de arbeidstijd van de werknemer worden verricht zonder toestemming van de werkgever.

153 Loonbureau 1978.

154 Art. 9 Wet op de Bedrijfsorganisatie (wet van 27 januari 1950, Stb. 1950, K 22) regelt het recht op vergoeding voor leden en plaatsvervangers bij verordening door de Raad zelf.

155 Art. 126 Wet op de Bedrijfsorganisatie; zie Bakels 1987, p. 208 en p. 215.

3.3.6 Zeggenschap over arbeidstijdpatronen

De werktijd van werknemers was zoals vermeld aan bepaalde in de Arbeidswet 1919 geregelde maxima per dag en per week gebonden, en mocht als regel slechts binnen bepaalde maximale werktijden en minimale rusttijden worden verricht. Cao's bevatten vaak nadere afspraken over maximale werktijden, waarboven overwerkvergoeding verschuldigd was. Binnen die beperkingen van de Arbeidswet en cao's kon de werkgever echter betrekkelijk zelfstandig de werkroosters vaststellen. Vanaf 1971 had de werkgever volgens art. 27 lid 1 sub c WOR¹⁵⁶ voor wat betreft de vaststelling van de feitelijke werktijden binnen de onderneming wel de instemming van de ondernemingsraad nodig. Indien en voor zover de regeling van de werktijden in de cao was neergelegd, verviel echter het instemmingsrecht van de OR (art. 27 lid 3 WOR). De instemming zag niet op de arbeidsduur maar alleen op de aanvangs- en eindtijden.¹⁵⁷ Behoudens deze beperking, en tenzij uitdrukkelijk anders overeengekomen, had de werkgever het recht de werktijden eenzijdig vast te stellen op grond van het instructierecht.¹⁵⁸ Het gebruik van de instructiebevoegdheid kon getoetst worden aan de redelijkheid of het goed werkgeverschap (zie hoofdstuk 9). Bij deze toets was er in beginsel ruimte voor het meewegen van de persoonlijke belangen van de werknemer bij zijn verzet tegen bepaalde werktijden. Die ruimte was in de jurisprudentie van de Hoge Raad echter niet overdreven groot. Volgens de Hoge Raad moesten de tijdig aangevoerde¹⁵⁹ steekhoudende bezwaren van de werknemer bij weigering van bijvoorbeeld een roosterwijziging weliswaar worden meegewogen, maar maakte de aanwezigheid van dergelijke bezwaren de opdracht nog niet onredelijk.¹⁶⁰ Over de vraag welke bezwaren van de werknemer dan tot terechte weigering van een rooster(wijziging) konden leiden, heeft de Hoge Raad zich niet uitgesproken. Bezwaren als zorgverantwoordelijkheden mochten in ieder geval in het sociale zekerheidsrecht lang niet meetellen. Werkloosheid die ontstond doordat de werknemer een voorkeur had voor bepaalde arbeidstijden werd aangemerkt als een motief dat 'in de particuliere sfeer lag' en leidde tot het niet geldend kunnen maken van het recht op een werkloosheidsuitkering.¹⁶¹

3.3.7 Tussenconclusie

Arbeidstijdenwetgeving was vanaf begin twintigste eeuw tot de jaren tachtig vooral een kwestie van collectieve ordening, op bedrijfstak- of ondernemingsniveau. De Arbeidswet 1919 kende relatief rigide arbeidstijden, waarvan voornamelijk per

156 Wet van 28 januari 1971, Stb. 1971, 54.

157 Van Drongelen 1988, p. 22.

158 Op grond van art. 1639b BW (art. 7:660 NBW). Zie Wentholt 1990b, p. 127 en Olbers 1989, p. 160-165.

159 Zie HR 6 april 1979, NJ 1979, 492 (in hoger beroep is te laat) en HR 13 maart 1981, NJ 1981, 513 (tijdig betekent voor of ter gelegenheid van de weigering).

160 HR 24 juni 1966, NJ 1966, 457; HR 8 juli 1986, NJ 1986, 826. Weigering om de door de werknemer aangevoerde gronden aan te horen kon er toe leiden dat de werkgever de ondeugdelijkheid van die gronden moet bewijzen, zie HR 19 september 1980, NJ 1981, 131 m.nt. Stein.

161 Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 97; bv. CRvB 18 februari 1969, RSV 1969/74: niet-onvrijwillige werkloosheid na ontslag van moeder van schoolgaande kinderen die tijdens schooluren werkte en weigerde om op andere tijden arbeid te gaan verrichten.

bedrijfstak kon worden afgeweken per algemene maatregel van bestuur. Uitgangspunt was het samenvallen van bedrijfstijden en arbeidstijden, en derhalve uniforme arbeidstijden voor de meeste werknemers. Voor vrouwen en jeugdigen waren uitzonderingen gemaakt om hen te beschermen. Voor leidinggevendenden was die bescherming juist minder. Voor werk buiten de rigide venstertijden (overwerk in de zin van de Arbeidswet) moest een vergunning worden gevraagd. Binnen de rigide bepalingen van de Arbeidswet had de werkgever echter grote zeggenschap. Het aantal uren per week was doorgaans in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst opgenomen, zodat de werkgever daar in beginsel niet aan kon tornen zonder overwerkvergoeding te moeten betalen. Het moeten verrichten van overwerk was echter geen uitzonderlijke verplichting. Voor zover over de spreiding van de uren over de week niets was overeengekomen, kon de werkgever het rooster voorts binnen de grenzen van de Arbeidswet aanpassen. Wel diende hij daarvoor toestemming te vragen aan de ondernemingsraad. Ook was het de werkgever die doorgaans bepaalde wanneer vakantie kon worden opgenomen. Bij het uitoefenen van zijn zeggenschap over arbeidstijden of vakantie hoefde de werkgever maar in zeer geringe mate rekening te houden met de persoonlijke belangen van de werknemer. Hij kon er in beginsel op rekenen dat de werknemer in staat was zijn volledige arbeidskracht voor zijn werkgever in te zetten.

Tot op zekere hoogte was er desondanks sprake van mogelijkheden tot individuele afwijking van de uniforme arbeidstijden voor de werknemer. De wettelijke mogelijkheden voor individuele variatie bestonden vooral uit bijzondere verlofrechten. In de wet werd al vanaf begin twintigste eeuw het recht op behoud van loon gecreëerd voor afwezigheid wegens incidentele overmachtsituaties (calamiteiten) en enkele bezigheden in de 'openbare sfeer' zoals het actieve kiesrecht en landverdediging. Daarnaast bestond al vanaf begin twintigste eeuw verlof met behoud van loon, of onder verkrijging van een uitkering, voor een aantal 'persoonlijke' aangelegenheden. Daaronder valt de bescherming van de vrouw en haar echtgenoot in verband met het biologische moederschap (het arbeidsverbod in verband met zwangerschap en bevalling, het recht op verlof bij borstvoeding en de bevalling van de echtgenote). Ook als zodanig valt aan te merken het ziekteverlof. De meeste van deze verlofrechten waren overigens van regeland recht, of konden vóór de invoering van ontslagbescherming door de werkgever desgewenst worden ontweken door beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De wetgever voegde in de loop van de twintigste eeuw een aantal rechten op bijzonder verlof toe voor zaken die vooral de openbare sfeer betroffen, zoals medezeggenschap en passief kiesrecht. Verdere mogelijkheden tot individuele variatie waren vooral zichtbaar in cao's, waarin rechten op vrije dagen werden opgenomen voor allerlei incidentele, soms persoonlijke kwesties zoals het huwelijk of verhuizing, en maatschappelijke kwesties zoals vakbondsactiviteiten.

3.4 Modernisering van het publiekrechtelijke arbeidstijdenrecht: flexibilisering

De rigide normen van het publieke arbeidstijdenrecht kwamen vanaf midden jaren tachtig steeds meer onder druk te staan. Om verschillende redenen hadden

werkgevers en werknemers behoefte aan meer flexibele regels. Het arbeidstijdenrecht werd gemoderniseerd om aan die behoefte tegemoet te komen. Daarbij moest een nieuw evenwicht worden gevonden, ditmaal tussen de flexibiliteitsbehoefte van de werkgever en de flexibiliteitsbehoefte van de werknemer.

3.4.1 Modernisering Arbeidswet 1919

De Arbeidswet 1919 was zoals gezegd gebaseerd op de gedachte dat arbeidstijd en bedrijfstijd samen vielen. Ploegendiensten en nachtarbeid waren aan beperkingen gebonden en voor overwerk diende zoals vermeld een vergunning te worden aangevraagd. Vanaf begin jaren zeventig ontstond geleidelijk behoefte aan flexibeler arbeidstijden, waarin men niet vastzat aan een vaste begin- en eindtijd voor alle werknemers.¹⁶² Daarmee konden werkgevers de arbeidstijd efficiënter aanpassen aan bedrijfsbehoeften. Werknemers vroegen in ruil daarvoor een arbeidstijdverkortening of een gecomprimeerde werkweek, waarin ze langere dagen maakten maar daartegenover meer dagen vrij hadden.¹⁶³ De Arbeidswet 1919 vormde een belemmering voor deze ontwikkeling. Als de 'gecomprimeerde' werktijden langer waren dan het maximum van 8,5 uur, moest namelijk een vergunning worden aangevraagd.¹⁶⁴

De Stichting van de Arbeid en de SER toonden zich aanvankelijk geen voorstander van flexibilisering en adviseerden om dit slechts beperkt toe te staan.¹⁶⁵ De Arbeidsinspectie hanteerde dan ook in eerste instantie een restrictief vergunningenbeleid. Vanaf 1986 werd echter het vergunningenbeleid in de Arbeidswet versoepeld.¹⁶⁶ Er werd een algemene ministeriële vergunning verleend om variabele werkdagen te kunnen hanteren. Voor het gebruik van deze vergunning golden wel bepaalde voorwaarden. Zo mocht het opnemen van de gespaarde uren niet tot het opnemen van hele verlofdagen leiden, tenzij bij cao anders was overeengekomen. Bovendien moest het verlof binnen 26 weken worden opgenomen.

Naarmate meer behoefte aan flexibele arbeidstijden ontstond, kwamen ook de beschermingsbepalingen van de Arbeidswet voor jeugdigen en vrouwen ter discussie te staan. Deze bepalingen maakten het immers minder aantrekkelijk voor werkgevers om werknemers uit deze groepen in dienst te nemen omdat die minder flexibel konden worden ingezet.¹⁶⁷ Mede onder invloed van het halverwege de

¹⁶² Zie reeds Beenhakker 1969, p. 657 en p. 660; Van Gorkum 1969, p. 686.

¹⁶³ Geers en Heerma van Voss 1988, p. 216; Van Drongelen 1986, p. 297. Zie ook de adviesaanvraag van 24 april 1972 aan de Stichting van de Arbeid aangaande variabele werktijden en het advies van 7 juli 1972, en SER 1975/1. Zie over de wensen van werknemers ook Tijdens 1998, p. 218.

¹⁶⁴ Van Drongelen 1986, p. 298.

¹⁶⁵ Volgens STAR Advies juli 1972; SER 1975/1, p. 4.

¹⁶⁶ Na een advies van de STAR van 8 april 1983 (STAR Advies april 1983), bij besluit van 29 november 1985, Stcrt. 1985, 238. Zie Van Drongelen 1986, p. 305.

¹⁶⁷ Voor jongeren was reeds een voorziening getroffen in 1982. Sindsdien waren voor hen variabele werktijden toegestaan onder dezelfde voorwaarden als voor volwassenen. Van Drongelen 1986, p. 298.

jaren zeventig opgestarte¹⁶⁸ overheidsemancipatiebeleid en de diverse gelijke behandelingsregels in het internationale recht¹⁶⁹ gingen stemmen op om de aparte bescherming van vrouwen en jongeren in de Arbeidswet te herzien. In 1986 werd nachtarbeid door vrouwen mogelijk met een vergunning van de arbeidsinspectie. De wet gold slechts voor een periode van drie jaar.¹⁷⁰ De vergunning werd geweigerd onder andere indien aan de introductie van vrouwen daar waar mannen werkzaam waren onvoldoende aandacht werd besteed, of als zich bijzondere omstandigheden voordeden waardoor het verrichten van arbeid voor vrouwen minder gunstig was.¹⁷¹ Uit een evaluatie van de wet door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) bleek overigens dat de opheffing van het verbod niet leidde tot meer werkgelegenheid voor vrouwen, maar wel tot veranderingen van werktijden voor vrouwen die al in de industrie werkten. De vrouwen zelf waren niet zelden positief over de nachtarbeid, omdat zij daardoor vaker overdag thuis waren en aldus meer tijd voor de kinderen hadden.¹⁷²

In 1989 werd het vergunningenstelsel alsnog geheel opgeheven en ook andere verschillen in arbeidstijdenregelingen van mannen en vrouwen werden gewijzigd, dat wil zeggen conform de voor mannen geldende norm opgetrokken.¹⁷³ Alle voor vrouwen afwijkende bepalingen met betrekking tot werkdur, overwerk en zondagarbeid kwamen te vervallen. Alleen voor zwangere vrouwen bleven uitzonderingen bestaan inzake nachtarbeid en overwerk. Desgevraagd dienden de arbeids- en rusttijden van een zwangere werkneemster te worden afgestemd op haar specifieke omstandigheden. De werkneemster moest zelf een verzoek tot aanpassing van de werktijden indienen (art. 10a Arbeidswet).¹⁷⁴

Precies honderd jaar na de invoering van de eerste arbeidstijdenwetgeving was de bescherming voor mannen en vrouwen derhalve weer nagenoeg gelijk. De behoefte aan bescherming was echter nog steeds ongelijk, zo zou in de jaren negentig duidelijk worden. Buiten het biologische moederschap werden vrouwen vanaf de introductie van de Arbeidswet 1889 vooral extra beschermd vanwege de tijd die zij

¹⁶⁸ Zie Monster 1995, p. 37. Zij noemt als 'officieel' startpunt van het emancipatiebeleid *Kamerstukken II* 1976/76, 13 943 (Emancipatie van de vrouw) en *Kamerstukken II* 1976/77, 14 496 (Emancipatie, proces van verandering en groei). Wentholt 1990b, p. 32, noemt als startpunt de installatie van de Emancipatiecommissie, voorloper van de Emancipatieraad, in 1974.

¹⁶⁹ Van die internationale bepalingen noem ik met name de richtlijnen vanuit de Europese Gemeenschap, waarvan de belangrijkste de richtlijnen met betrekking tot het recht op gelijk loon (75/117), gelijke behandeling in het arbeidsproces (76/207), en gelijke behandeling in de sociale zekerheid (79/7). Zie hierover nader hoofdstuk 4 en 5.

¹⁷⁰ Bij wet van 5 maart 1986 (Stb. 1986, 147). Zie Asscher-Vonk 1981; Wentholt 1985, p. 191; Wentholt 1990a.

¹⁷¹ Wentholt 1990a, p. 445.

¹⁷² Zie Wentholt 1990b, p. 110 en p. 115.

¹⁷³ Bij wet van 12 april 1989, Stb. 1989, 95.

¹⁷⁴ Monster 1995, p. 213. Het feit dat werkneemsters zelf initiatief moesten nemen om verschoond te blijven van nachtarbeid en overwerk, was per amendement in de wet gekomen omdat 'arbeidsverboden voor vrouwen uit de tijd waren'. Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 20 689, nr. 15, afkomstig van de vrouwelijke kamerleden Rempt-Halmans de Jongh en Soutendijk-Van Appeldoorn. In de literatuur werd gesteld dat hiermee de binnen de arbeidsorganisatie levende machtsverhoudingen werden miskend, en de noodzakelijk geachte arbeidsbescherming van zwangere vrouwen illusoir werd gemaakt (Wentholt 1990a, p. 446; 1990b, p. 117; Rümke 1989, p. 147-148).

moesten besteden aan zorgtaken. Door de afschaffing van die bijzondere bescherming voor vrouwen in 1989 werd met die zorgtaken geen rekening meer gehouden in het arbeidstijdenrecht. Dat zou gaan veranderen, zij het niet zozeer in de publiekrechtelijke, als wel in de civielrechtelijke regelgeving (zie par. 3.5).

3.4.2 Arbeidstijdenwet 1996

De modernisering van de arbeidstijdenregelgeving bestond zoals vermeld in eerste instantie uit aanpassingen van de Arbeidswet 1919 of de uitvoering daarvan. Vanaf begin jaren tachtig werd echter ook een discussie gevoerd over een geheel nieuwe arbeidstijdenwet, waarin aan de nieuwe behoefte aan flexibilisering tegemoet moest worden gekomen.¹⁷⁵ Deze wet kon tevens dienen ter tenuitvoerlegging van enkele Europese Richtlijnen.¹⁷⁶ Al in een vroeg stadium werd geopperd dat in de nieuwe Arbeidstijdenwet nieuwe doelstellingen moesten worden opgenomen, zoals herverdeling van werk door beperking van de arbeidstijd per persoon en van overwerk; emancipatie van de vrouw; mogelijkheden van dienstverlening, educatief verlof, volwassenen educatie, etc.¹⁷⁷ Van werkgeverszijde werd er echter op aangedrongen dat een evenwicht gevonden moest worden tussen de bescherming van de werknemer en de flexibiliteitsbehoefte van ondernemingen.¹⁷⁸

Kenmerkend aan de nieuwe Arbeidstijdenwet 1996¹⁷⁹ (Artw) bleek vooral de toegenomen ruimte voor afspraken over werktijden tussen de sociale partners. De Artw bevatte een normenstelsel voor maximumarbeidstijden en minimumrusttijden (hierna ook gezamenlijk aan te duiden als 'venstertijden') waarbinnen de werkgever zelf arbeidstijden kon vaststellen. In beginsel werden bepaalde venstertijden dwingendrechtelijk opgelegd (de standaardregeling). Bij collectieve regeling kon hiervan worden afgeweken. Voor de collectieve regeling golden venstertijden die ruimer waren dan de standaardregeling (de overlegregeling). Van deze venstertijden kon incidenteel worden afgeweken bij standaard- dan wel overlegregeling in geval van onvoorziene omstandigheden (art. 5:9, 'overwerk').¹⁸⁰ Met een collectieve regeling werd uiteraard bedoeld een cao, maar ook een regeling waarover overeenstemming was bereikt met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging kon

175 Zie Hoeksema en Van Drongelen 1988, p. 18-31. Vanaf 1984 werden discussienota's opgesteld en adviezen gevraagd aan de STAR, de SER en de ER. In maart 1989 werd aan verschillende instanties, waaronder de SER en de ER een advies gevraagd over de Hoofdlijnennota Arbeidswet 1919 (*Kamerstukken II* 1988/89, 21 083, nr. 1).

176 Richtlijn 1993/307/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd en Richtlijn 1994/216/EG betreffende de bescherming van jongeren op het werk.

177 Bijvoorbeeld in het 'Nieuw verzoek om een advies van de Stichting van de Arbeid en de Emancipatieraad over een discussienota inzake een nieuwe wettelijke werk- en rusttijdenregeling bij brief van 3 september 1984, DGA/HASB/84/92', p. 9.

178 STAR Advies mei 1985, STAR Advies augustus 1987.

179 Wet van 23 november 1995, Stb. 1995, 598, i.w.tr. 1 januari 1996.

180 Het begrip overwerk in de Artw week af van de gebruikelijke (civielrechtelijke) betekenis van overwerk in de zin van 'langer werken dan het overeengekomen of gebruikelijke aantal uren'. Overwerk in de civielrechtelijke betekenis kon ook binnen de volgens de Artw normaliter toegestane uren blijven. Zie over overwerk en de definitie ervan Van Drongelen 1983 en Pasma 1998.

onder voorwaarden onder dit begrip vallen.¹⁸¹ Naast de toegenomen onderhandelingsruimte voor sociale partners, kregen de sociale partners een grotere rol bij het handhaven van de wet.¹⁸²

Van de arbeidstijdenregeling in de Artw kon worden afgeweken bij amvb. Dat gebeurde voor veel afzonderlijke bedrijfstakken in het Arbeidstijdenbesluit (Atb). Daarin was ook de uitzondering te vinden voor leidinggevend en hoger personeel dat minimaal driemaal het minimumloon verdiende (art. 2.1:5 Atb).

In de literatuur werd vroegtijdig geprotesteerd tegen de terugtreding van de overheid, omdat men vreesde dat arbeidsbescherming dreigde te worden opgeofferd aan flexibilisering louter uit bedrijfseconomische overwegingen.¹⁸³ Ook werd gesignaleerd dat er in het wetsvoorstel ondanks de beleidsvoornemens geen aandacht was voor de combineerbaarheid van werk en zorgtaken.¹⁸⁴ Deze doelstelling was door de Minister pas in tweede instantie opgenomen in de considerans bij de Artw.¹⁸⁵ In de wet zelf werd deze doelstelling echter vrij summier uitgewerkt. Art. 4:1 Artw bepaalde dat de werkgever bij het voeren van arbeids- en rusttijdenbeleid, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, rekening diende te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemers. Een eis tot naleving hiervan kan worden gesteld door de arbeidsinspectie (art. 4:1 lid 5) en de personeelsvertegenwoordiging of ondernemingsraad kan overleg op dit punt eisen (zie art. 6:1 en art. 27 lid 1 sub b WOR). De introductie van art. 4:1 Artw had geen onmiddellijk effect. Uit onderzoek in 1998 naar cao-bepalingen inzake arbeidstijden bleek dat in de meeste cao's geen expliciete bepalingen waren opgenomen volgens welke op een of andere wijze tot uitdrukking kwam dat de werkgever bij de vaststelling van arbeidstijden rekening moet houden met de persoonlijke omstandigheden van werknemers.¹⁸⁶

Indirect werd de afstemming tussen werk en privé in de Artw wel verbeterd door art. 4:2. Dit artikel bepaalde kort gezegd dat arbeidstijdpatronen tijdig (meestal 28 dagen) tevoren aan de werknemer dienden te worden meegedeeld. Afbreuk aan de bevordering van de combineerbaarheid van werk en privé deed echter weer de verruiming van de mogelijkheid van zondagsarbeid ten opzichte van de Arbeidswet

¹⁸¹ De voorwaarden waren geregeld in art. 1:4 lid 2 Artw. Dit lid is met ingang van 1 april 2007 komen te vervallen (zie par. 3.4.4). Overeenstemming met een medezeggenschapsorgaan wordt thans zonder meer gelijk gesteld met een cao, ongeacht wat er in de cao is geregeld, zij het dat in geval van strijd de bepalingen in de cao van toepassing zijn.

¹⁸² In plaats van strafrechtelijke handhaving in de Arbeidswet 1919. Zie Olbers 1994.

¹⁸³ Geers en Heerma van Voss 1988, p. 224.

¹⁸⁴ Wentholt 1990a; Monster 1996.

¹⁸⁵ Zie Monster 1996.

¹⁸⁶ In 5 van de 81 cao's kwamen dergelijke bepalingen voor. Zie Ministerie van SZW (Arbeidsinspectie), *Arbeidstijdenwet. Een onderzoek naar de Artw in cao's en bedrijven*, 1998, p. 7-8. Wel blijkt uit dit onderzoek dat 18% van de werkgevers (waar 39% van de werknemers werkzaam zijn), zegt werknemers in loondienst te hebben wiens arbeidstijden zijn aangepast aan hun persoonlijke omstandigheden; een derde van die werkgevers heeft daarvoor een regeling of procedurele afspraken. Idem, p. 36-38.

1919.¹⁸⁷ Zondagsarbeid of, voor werknemers met andere godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen, arbeid op een daarmee gelijk te stellen andere dag van de week (art. 5:1 Artw), was (en is) volgens de Arbeidstijdenwet ten eerste mogelijk als de noodzaak hiertoe uit de aard van de arbeid voortvloeide. In dat geval kan zondagsarbeid structureel zijn. Voorwaarde was wel dat de verplichting zondagsarbeid te verrichten is overeengekomen (art. 5:4 lid 1 oude Artw). Dit mag een algemene, vooraf overeengekomen verplichting zijn. Alleen onder deze voorwaarden kan zondagsarbeid tegen de wil van de werknemer in een specifiek geval worden opgedragen. Zondagsarbeid kan ten tweede worden verricht als de bedrijfsomstandigheden dit noodzakelijk maken. Dit zal zich incidenteel voordoen.¹⁸⁸ Voorwaarde hiervoor is dat het medezeggenschapsorgaan, of, als dat er niet is, de belanghebbende werknemers instemmen en dat de betrokken werknemer zelf voor dat geval instemt met de zondagsarbeid (destijds art. 5:4 lid 1, thans art. 5:6 lid 1 tweede en derde volzin Artw). De werknemer had volgens lid 1, laatste volzin in ieder geval recht op ten minste 4 vrije zondagen in elke periode van 13 achtereenvolgende weken, en in het geval van afwijking bij collectieve regeling, op ten minste 13 zondagen per 52 weken.

Uiteraard keerde wel de bescherming van zwangere, pas bevallen en zogende vrouwen terug in de nieuwe wet (par. 4.3 Artw), net als het verbod op kinderarbeid (hoofdstuk 3 Artw). De bescherming van zwangere, pas bevallen en zogende vrouwen zal ik hierna ook wel aanduiden als de bescherming van het biologisch moederschap.

Afgezien van de bescherming van het biologisch moederschap, was het idee dat vrouwen ofwel werknemers met zorgtaken bijzondere bescherming behoeften, niet of nauwelijks meer terug te vinden in de Artw. In theorie had de Artw wel mogelijkheden geschapen om deze bescherming te realiseren. De arbeidstijdenbescherming was nu immers veel meer dan onder de Arbeidswet 1919 in handen gelegd van werkgevers en werknemersvertegenwoordigers, die de arbeidstijden binnen bepaalde grenzen samen konden vaststellen. Dat kon in het beste geval leiden tot flexibilisering van arbeidstijden ten gunste van zowel werkgevers als werknemers.¹⁸⁹ In een voor werknemers minder gunstig scenario kon dat echter ook leiden tot de enkele verruiming van arbeidstijden, met name waar de werknemersvertegenwoordiging onvoldoende onafhankelijk was.¹⁹⁰ Uit een evaluatie van de Artw in 2001 bleek dat sinds de invoering ervan werknemers een toenemende druk

187 Geers en Heerma van Voss 1996, p. 49, spreken van een 'aanzienlijke verruiming'.

188 Het onderscheid tussen structurele en incidentele zondagsarbeid staat niet in de wet maar volgt uit de parlementaire geschiedenis, zie o.a. *Kamerstukken II* 1994/95, 23 646, nr. 9, p. 46 en *Kamerstukken II* 2000/01, 27 224, nr. 5, p. 8.

189 In sommige grote bedrijven werd onder het regime van de Artw 1996 geëxperimenteerd met flexibele arbeidstijden op basis van een soort 'urenbank', kennelijk naar tevredenheid van werknemers en binnen de mogelijkheden van de toenmalige Artw. Zie Wilma van Hoeflaken, *Arbeid voor alle dagen*, NRC 22 november 2006.

190 Uit onderzoek blijkt dat ondernemingsraden zich niet zelden 'volgend' opstellen, zodat het bedrijfsbelang het vaak zal winnen van het personeelsbelang bij de vaststelling van arbeidstijden (Mevisen e.a. 2001, p. 110).

ervoeren tussen werk en privé als gevolg van toenemende ‘flexibilisering’ van arbeidstijden, met name als gevolg van overwerk.¹⁹¹ Voor die werknemers was de arbeidstijdenbescherming dus inderdaad opgeofferd aan economische belangen.

3.4.3 De wet Bussemaker/Van Dijke 2003

In een initiatiefwet¹⁹² van de kamerleden Jet Bussemaker (PvdA) en Leen van Dijke (CU) werd beoogd de balans weer enigszins de andere kant uit te laten slaan. Doelstelling van hun initiatief was, om de individuele zeggenschap over arbeidstijden en rusttijden te vergroten. Dat sloot volgens de initiatiefnemers aan bij de toenmalige ‘positieve ontwikkeling waarin keuzevrijheid van individuen en de individualisering van arbeidsverhoudingen centraal staan.’¹⁹³ Ter ondersteuning van hun voorstel voerden de initiatiefnemers aan, dat uit onderzoek was gebleken dat werkdruk en zondagsarbeid toenamen, en dat dit steeds meer als een probleem werd ervaren.¹⁹⁴ Het wetsvoorstel leidde tot veel weerstand, vooral van werkgeversorganisaties, maar ook van de regering.¹⁹⁵

Ten aanzien van zondagsarbeid kende de Arbeidstijdenwet zoals vermeld al een regeling. In de Wet Bussemaker/Van Dijke is aan de redactie van art. 5:4 lid 1 Artw toegevoegd, dat de werknemer in het geval van incidentele zondagsarbeid waartoe bedrijfsomstandigheden noodzaken, voor dat geval met de zondagsarbeid moest instemmen.¹⁹⁶

Het vergroten van zeggenschap over arbeidstijden voor werknemers met verantwoordelijkheden buiten het werk werd nagestreefd door de introductie van art. 4:1a Artw. Volgens art. 4:1a lid 1 Artw moet de werkgever voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden geveerd, bij de vaststelling van het arbeidstijdpatroon van de werknemer, rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid. Daaronder wordt volgens dit artikellid in elk geval begrepen

¹⁹¹ Mevissen e.a. 2001, p. 232-233. De doelstelling van de Artw van het bevorderen van de combineerbaarheid van arbeid en andere maatschappelijke verantwoordelijkheid is volgens de onderzoekers nauwelijks gerealiseerd.

¹⁹² Wet tot wijziging van de Arbeidstijdenwet en het Burgerlijk Wetboek ter verruiming van zeggenschap van werknemers over arbeidstijden, wet van 14 maart 2003, Stb. 2003, 141, i.w.tr. 1 juni 2003.

¹⁹³ *Handelingen II* 2001/02, 98-6122.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 075, nr. 3, p. 2. Meer dan de helft van de werknemers zou tegen zijn wil op zondag of tijdens de avonduren moeten werken (nr. 3, p. 5). Ook uit de evaluatie van de Arbeidstijdenwet zou blijken dat het werken op zondag steeds meer als een probleem werd ervaren (Mevissen 2001, p. 67).

¹⁹⁵ Werkgeversorganisatie's ondernamen een handtekeningenactie tegen de wet, en een werkgeversorganisatie dreigde met een boycot van de beperking van zondagsarbeid (Zondag 2003a, p. 16). De tegenstand van de regering blijkt uit het te elfder ure aanvragen van een advies aan de SER (*Handelingen I* 2001/02, 31-1482-1488) leidend tot een verdeeld SER 02/14. Ook daarna ging het kabinet slechts 'met frisse tegenzin' tot contraseignering over (*Handelingen I* 2001/02, 28-1408).

¹⁹⁶ Voorts werd een nieuw ontslagverbod toegevoegd aan artikel 7:670 BW, luidende: 8. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst niet opzeggen wegens de omstandigheid dat de werknemer geen instemming verleent aan het werken op zondag, als bedoeld in artikel 5:4 eerste lid van de Arbeidstijdenwet. Zie over zondagsarbeid uitvoerig Zondag en Fluit 2001.

de zorg(taken) voor kinderen, afhankelijke familieleden, verwanten en naasten, alsmede maatschappelijke verantwoordelijkheden. Volgens art. 4:1a lid 2 Artw dient de werkgever, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, de arbeid zodanig te organiseren dat de werknemer zijn arbeid in een bestendig en regelmatig patroon kan verrichten.

In de literatuur wordt signaleerd, dat de betekenis van met name art. 4:1a lid 1 Artw niet helder is.¹⁹⁷ Dit artikel geeft namelijk, blijkens de wetsgeschiedenis ervan, geen afdwingbaar recht waarmee de werknemer telkens naar believen zijn arbeidstijden aan zijn privéleven zou kunnen aanpassen. Het brengt slechts een inspanningsverplichting van de werkgever mee.¹⁹⁸ Het verschil met art. 4:1 Artw is dan ook niet aanstonds duidelijk.¹⁹⁹ Net als bij art. 4:1 Artw gaat het om een verplichting van de werkgever om rekening te houden met persoonlijke omstandigheden bij de vaststelling van arbeidstijden. Strikt genomen stelt de werkgever alleen maar arbeidstijden (opnieuw) vast als hij gebruik maakt van zijn gezagsbevoegdheid, en dat kan hij voor zover de arbeidstijden niet overeengekomen zijn (zie over de gezagsbevoegdheid par. 9.4). Uit de wetsgeschiedenis van art. 4:1a valt echter af te leiden dat met dit artikel daarnaast wordt beoogd dat de werkgever op een verzoek tot wijziging van de arbeidstijden van de werknemer moet ingaan, voor zover dit redelijkerwijs van hem valt te vergen. Dit zou dan niet alleen kunnen gelden als de arbeidstijden vastgesteld worden via het gezagsrecht, maar ook als ze overeengekomen zijn. Heel duidelijk is dit echter niet terug te vinden in de toelichtingen op het artikel.²⁰⁰

Het verschil tussen art. 4:1 en 4:1a Artw valt mijns inziens met name te vinden in het verschil tussen het vaststellen van collectieve regels en de individuele toepassing daarvan. Bij art. 4:1 kan het gaan om het beleidsmatig rekening houden met het feit dat werknemers in het algemeen persoonlijke omstandigheden buiten het werk te behartigen hebben.²⁰¹ Daarbij past bijvoorbeeld een beleid met flexibele aanvangstijden of flexibele roosters op inschrijving. Bij art. 4:1a Artw kan het vervolgens gaan om de vraag of de concrete uitkomst van dat beleid voor een individuele werknemer de toets der redelijkheid kan doorstaan. Daarbij kan bijvoorbeeld getoetst worden of een verandering van persoonlijke omstandigheden een verandering van eerder

197 Zondag 2003a, p. 29, en Bouwens en Duk 2008, p. 70, noot 37.

198 *Handelingen II* 2001/02, 99-6204; *Kamerstukken I* 2001/02, 27 224, nr. 74a, p. 5; *Handelingen I* 2001/02, 28-1405; Zondag 2003b, p. 29.

199 Zondag 2003b, p. 29, ziet helemaal geen toegevoegde waarde in art. 4:1a Artw. Zie ook Bouwens en Duk 2008, p. 70, noot 37.

200 Enerzijds wordt met stelligheid bevestigd dat de werkgever beslissingsbevoegd blijft (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 224, nr. 7, p. 7; *Handelingen II* 5 september 2001, 98-6130), anderzijds wordt de indruk gewekt dat het wetsvoorstel een bijdrage zal leveren aan de oplossing van het probleem dat arbeidstijdpatronen niet op verzoek van de werknemer kunnen worden aangepast (*Handelingen II* 5 september 2001, 98-6129).

201 Volgens art. 4:1 Artw moet rekening worden gehouden met persoonlijke omstandigheden in het overleg met de werknemers (vertegenwoordiging). Zie *Kamerstukken I* 1995/96, 23 646, nr. 24a, p. 3; Zondag 2003b, p. 19.

vastgestelde arbeidstijdpatronen redelijk maakt. Het ligt gelet op de wetsgeschiedenis in de rede om de beoordeling hiervan niet af te laten hangen van de vraag of er al dan niet afspraken zijn gemaakt over arbeidstijdpatronen.

3.4.4 Vereenvoudiging Arbeidstijdenwet 2007

In 2007 werden deze pogingen om meer tegemoet te komen aan de persoonlijke belangen van werknemers bij het vaststellen van arbeidstijden, weer gedeeltelijk ongedaan gemaakt door een vrij ingrijpende wijziging van de Arbeidstijdenwet.²⁰² Aanleiding was de overtuiging van de regering dat de wettelijke bescherming van de werknemer kon worden teruggebracht tot hetgeen minimaal vereist was volgens de Europese regelgeving.²⁰³ Daarmee zou de concurrentiepositie van ondernemingen in ons land verbeterd worden en flexibilisering en maatwerk mogelijk gemaakt.²⁰⁴ Daarnaast achtte men het wenselijk het aantal regels te verminderen.²⁰⁵ De vereenvoudiging betekende voor werknemers een verschraling.²⁰⁶ Werkgevers hoeven in de huidige Arbeidstijdenwet veel minder vaak een collectieve regeling te treffen om van de ruimst mogelijke venstertijden te profiteren. Zij kunnen bovendien vaker een collectieve regeling treffen met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging in plaats van met vakbonden. Voorts zijn de maximale arbeidstijden per dienst, per nachtdienst en per week verruimd. Zo kwam de maximale arbeidstijd te liggen op 12 uur per dienst en 60 uur per week.²⁰⁷ Het onderscheid tussen normen voor normale arbeidstijden en voor incidenteel 'overwerk' is komen te vervallen. Normen die eerst bij uitzondering en alleen bij collectieve regeling konden worden toegepast, kunnen nu dus permanent worden gebruikt zonder collectieve regeling.

De regering nam geen afstand van de doelstelling in de Arbeidstijdenwet, inhoudende dat deze wet diende bij te dragen aan de combineerbaarheid van arbeid en zorgtaken en andere verantwoordelijkheden buiten de arbeid.²⁰⁸ Desalniettemin heeft de wetswijziging op dat gebied een verslechtering gebracht. Dat blijkt al uit de verlenging van maximale arbeidstijden en het vervallen van het incidentele karakter van overwerk. Voorts is er gesleuteld aan bepalingen die een meer directe uitwerking zijn van deze doelstelling. Dat paste ook in het streven van de regering, om de regels terug te brengen tot het minimaal noodzakelijke. De Europeesrechtelijke regels inzake arbeidstijden bevatten namelijk geen bepalingen die de zeggenschap van werknemers over arbeidstijden regelen. Zoals gezegd bepaalde art. 4:1a lid 2

202 Wet 30 november 2006, Stb. 2006, 632, i.w.tr. 1 april 2007.

203 Zie SER 2005/03, met als bijlage de adviesaanvraag. De SER adviseerde een regeling met een iets hoger beschermingsniveau, die door de regering is overgenomen. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 532, nr. 3, p. 1.

204 *Kamerstukken II* 2005/06, 30532, nr. 3, p. 7-8.

205 *Kamerstukken II* 2005/06, 30532, nr. 3, p. 1.

206 Zie Roozendaal 2007a.

207 Jellinghaus e.a. 2005 hebben gesteld dat arbeidstijd met inbegrip van overwerk van 12 uur per dienst en 60 uur per week in strijd is met het beginsel van redelijke dagelijkse of wekelijkse arbeidstijden in de zin van art. 2 par. 1 ESH. De regering heeft het wetsvoorstel informeel voorgelegd aan het uitvoerend secretariaat van het ESH, die er geen bezwaar tegen uitte (*Kamerstukken II* 2005/06, 30532, nr. 6, p. 5).

208 *Kamerstukken II* 2005/06, 30532, nr. 3, p. 1; nr. 6, p. 22.

Artw dat de werkgever, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, de arbeid zodanig dient te organiseren dat de werknemer zijn arbeid in een bestendig en regelmatig patroon kan verrichten. Deze bepaling is komen te vervallen.

Voorts is de mogelijkheid van zondagsarbeid verder verruimd. De ondergrens voor het aantal vrije zondagen was in 1996 gesteld op 4 zondagen per 13 weken. Bij collectieve regeling kon die ondergrens worden teruggebracht naar 13 zondagen per 52 weken (art. 5:4 lid 2 en lid 3 oud Artw). Na de wetswijziging van 2007 is de ondergrens volgens het hernummerde art. 5:6 Artw minimaal 13 vrije zondagen per 52 weken. Bij collectieve regeling kan van deze minimale grens worden afgeweken. De ondergrens die dan nog geldt is dat in geval de werknemer zich contractueel verplicht heeft zondagsarbeid te verrichten in de zin van art. 5:6 lid 1 Artw, zijn specifieke instemming moet worden gevraagd voor elke zondag dat hij meer werkt dan 40 zondagen in elke periode van 52 weken.

Volgens de regering bood de gewijzigde Arbeidstijdenwet werkgevers grotere mogelijkheden om arbeidstijdpatronen af te stemmen op de situatie binnen het bedrijf en kon sneller worden ingespeeld op wijzigende omstandigheden in de sector of onderneming.²⁰⁹ De nieuwe Arbeidstijdenwet was dus vooral gunstig voor werkgevers. Toch meende de regering dat de wetswijziging niet ten nadele van werknemers uitviel.²¹⁰ Werknemers, zo stelde de regering in navolging van de SER en de Stichting van de Arbeid,²¹¹ hebben namelijk ook steeds meer belang bij flexibiliteit van arbeidstijden. Dat die belangen niet noodzakelijkerwijs synchroon lopen, en dat werkgevers er doorgaans beter in slagen hun belang bij flexibilisering te behartigen dan werknemers, was zoals vermeld al uit de evaluatie van de Arbeidstijdenwet gebleken. Deze kritiek werd echter door slechts een minderheid in het parlement geuit.²¹²

3.5 Modernisering van het civielrechtelijke arbeidstijdenrecht: individualisering

3.5.1 Inleiding

Net als het publieke arbeidstijdenrecht onderging ook het civiele arbeidstijdenrecht²¹³ in de periode na medio jaren tachtig een modernisering. Uiteraard werd van de introductie van het nieuwe BW gebruik gemaakt om in onbruik geraakte

209 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 532, nr. 3, p. 16.

210 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 532, nr. 3, p. 1 en *Handelingen II* 2006/07, 103-6339.

211 *Zie Kamerstukken II* 2005/06, 30 532, nr. 3, p. 4; nr. 6, p. 3; *Handelingen I* 2006/07, 103-6339; SER 2005/03, p. 30 en STAR Nota 1/05.

212 *Zie Kamerstukken II* 2005/06, 30 532, nr. 4.

213 Daarmee wordt bedoeld: wetgeving die bedoeld is om rechtstreeks te gelden tussen werkgevers en werknemers en ook door hen individueel moet worden afgedwongen. Dat kan in het BW maar ook daarbuiten zijn. Voor het gemak heb ik de regels in de Arbeidstijdenwet die aan die definitie voldoen, desalniettemin in de paragraaf over het publiekrecht behandeld (zie par. 3.4).

verlofrechten te laten vervallen.²¹⁴ Er gebeurde echter veel meer. De mogelijkheid tot individuele variatie nam net als in het publieke arbeidstijdenrecht toe, in zowel cao's als in de wet.

3.5.2 Arbeidstijden en verlof in cao's

Tijdens de economische recessie begin jaren tachtig werden sociale partners gestimuleerd om arbeidsduur te verkorten en deeltijdarbeid te bevorderen, onder andere met het oog op het terugdringen van de werkloosheid.²¹⁵ De arbeidsduur werd veelal verkort door collectief op te nemen 'adv-dagen'. Het deeltijdbevorderend beleid had echter weinig succes en stierf een zachte dood toen medio jaren tachtig de economie weer aantrok. Meer arbeidsparticipatie was noodzakelijk. Alleen in sectoren waar veel vrouwen werkzaam waren, zoals ziekenhuizen, werd deeltijdarbeid gangbaarder, omdat er anders te weinig arbeidskracht was. Werknemers kregen in cao's in die sectoren de mogelijkheid om individueel hun arbeidstijd te verkorten.²¹⁶ Andere sectoren gingen hier echter niet toe over. Daar kregen bedrijven moeite hun arbeidsplaatsen bezet te krijgen. In veel bedrijven werden de adv-dagen niet meer opgenomen vanwege de drukte. Er ontstonden 'stuwmeren aan verlof'.²¹⁷

Daarnaast ontstond behoefte aan een verdere loskoppeling van bedrijfs- en arbeidstijden en daarmee bedrijfstijdverlenging. Die behoefte was ingegeven door diverse veranderingen in de marktcondities: veranderende tijdspatronen in het koopgedrag van consumenten, leidende tot behoefte aan personeel tijdens de ruimere openingstijden van winkels;²¹⁸ snellere levertijden en 'just in time' productie in de industrie, leidende tot sterk fluctuerende behoefte aan arbeidskrachten; en verkeersstagnatie, leidende tot behoefte aan personeel buiten de spitsuren, met name in de transportsector. Ook onder werknemers was behoefte aan andere werktijden. Zo raakte een vierdaagse werkweek in trek, zelfs als dat werkdagen van negen uur betekende. Onder andere de toegenomen files in de spitsuren zorgden daarnaast voor een behoefte aan minder uniforme werktijden. Het verzet tegen werken buiten de reguliere 'kantoortijden' nam af. Werknemers waren vaker bereid af en toe 's avonds of in het weekend te werken.²¹⁹

Met de vakbonden moest derhalve overlegd worden over flexibilisering van arbeidstijden en verruiming van bedrijfstijden. De bonden streefden ook in de jaren

214 Alle bepalingen inzake inwonende werknemers en huishoudelijk personeel werden afgeschaft vanwege het ontbreken van praktische betekenis. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 7.

215 Zie Beleidsnota Deeltijdarbeid, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 902, nr. 1-2. De methode bestond uit het geven van voorlichting en advisering, het opstellen van handleidingen en het vaststellen van streefcijfers. Zie Bosch e.a. 1989, p. 80-89.

216 Tijdens 1998, p. 215.

217 De Lange 1988; Tijdens 2002, p. 311.

218 De winkelsluiting wordt sinds 1929 wettelijk geregeld. In 1976 werd de koopavond geïntroduceerd. Na een wetwijziging in 1996 mochten winkels doordeweeks van 6 tot 2 uur open zijn. Ook banken verruimden hun openstelling.

219 Tijdens 1998, p. 218.

negentig echter nog steeds naar verkorting van de werkweek.²²⁰ In de tweede 'advonde' van 1994-1997, die op gang kwam nadat zich weer een recessie aandeede, werden weer veel cao-afspraken gemaakt over arbeidsduurverkorting met behoud van loon. In de marktsector werd veelal een 36-urige werkweek ingevoerd in ruil voor flexibele werktijden en lagere toeslagen voor incurante uren. In de kwartaire sector werd de 36-urige werkweek geruild tegen behoud van werkgelegenheid en loonmatiging. Flexibilisering van de arbeidstijden bestond vooral uit het versoepelen van beperkende regelingen over arbeid op (voor voltijders) afwijkende tijden. De norm verschoof in veel sectoren van een werkdag van negen tot vijf naar een werkdag tussen zeven en zeven of zelfs zeven en negen. Ook werd het begrip 'gemiddelde arbeidsduur per week' geïntroduceerd, waarbij het gemiddelde meestal binnen een jaar moest zijn bereikt.²²¹ De flexibilisering van arbeidstijdpatronen leidden ertoe dat veel werknemers hun werktijden minder konden voorspellen. Wel werden in cao's termijnen opgenomen waarop arbeidstijden aan werknemers bekend moesten zijn gemaakt. Werktijden op afwijkende tijden en overwerk werden minder duur, niet alleen omdat uren eerder binnen het normale 'dagvenster' vielen, maar ook omdat de toeslagen voor overwerk verlaagd werden. De bedrijfstijden werden intussen steeds langer.²²²

De 'stuwmeren van verlof' vormden daardoor een steeds groter probleem. Vooral hoger personeel had behoefte aan een alternatief voor het opnemen van verlof of arbeidsduurverkorting, omdat minder werken in hun geval vaak niet geaccepteerd werd.²²³ Om deze problemen op te lossen werden in cao's zogenaamde 'à la carte' of cafeteria systemen opgenomen. Daarin konden werknemers secundaire arbeidsvoorwaarden zoals adv-dagen en vakantiedagen naar believen opnemen, sparen of omzetten in extra loon, bijdragen in kinderopvang, ziektekostenverzekering, hypotheekrente, of in een pensioenregeling. De cao met keuzemogelijkheden werd als eerste geïntroduceerd in de kwartaire sector.²²⁴ De ruilmogelijkheden in deze cao's waren er vaak op gericht om verlofdagen of compensatietijd voor overwerk te sparen en het opnemen ervan uit te stellen naar de toekomst. Eind jaren negentig verklaarden de sociale partners op centraal niveau zich voorstander voor keuzemogelijkheden voor werknemers in cao's.²²⁵ Na 2001 namen vooral de grote ondernemings-cao's met keuze mogelijkheden in de industrie en diensverlenende sector toe. In 2002 kwamen keuzemogelijkheden in 17% van de cao's voor.²²⁶ Naast de à la carte cao's werd vanaf midden jaren negentig steeds vaker een regeling voor verlofsparen in cao's opgenomen. Verlofsparen werd sinds 2001 fiscaal gefaciliteerd.²²⁷ Verlofsparen kwam voor die tijd ook zonder fiscale faciliteit al voor in cao's. In 1997

220 Tijdens 1998, p. 218: het congres van de FNV sprak zich in 1993 uit voor een 35-urige werkweek en in 1996 voor een 32-urige werkweek, zie ook Tijdens 2002, p. 313.

221 Tijdens 1998 p. 22.

222 Tijdens 2002, p. 314.

223 Tijdens 2002, p. 314.

224 Daarmee wordt bedoeld de overheid, ziekenhuizen en onderwijs. Tijdens 1998, p. 222.

225 Tijdens 2002, p. 315.

226 Volgens onderzoek naar cao's uit de databank van de FNV, waarin informatie is opgenomen over meer dan 1000 cao's, zie Tijdens 2002.

227 Zie nader par. 4.5.2.

bevatte 17% van 123 onderzochte cao's een regeling voor verlofsparen,²²⁸ in 1999 was het gestegen naar 47%.²²⁹

3.5.3 Responsief arbeidstijden- en verlofrecht

Zoals besproken deed zich een ontwikkeling voor in het arbeidstijdenrecht die gekenschetst kan worden als 'van maatschappelijke ordening naar individuele variatie'. Die individuele variatie kreeg tot midden jaren tachtig vooral gestalte in verlofrechten in cao's. Vervolgens werd in collectieve onderhandelingen steeds meer ruimte geschapen voor variatie van roostertijden, mede ten gunste van de werkgever, en variatie in de vorm van het ruilen van verlof voor andere arbeidsvoorwaarden. Één van de behoeftes aan individuele variatie was echter tot dan toe relatief verwaarloosd. Dat was de vrije tijd die benodigd was voor verplichtingen in de privésfeer, bijvoorbeeld de zorg voor jonge kinderen of zieke verwanten. Voor mensen met dergelijke verplichtingen was flexibilisering van arbeidstijden door de werkgever een probleem, en het ruilen van verlof tegen andere arbeidsvoorwaarden veelal geen oplossing. Vanwege de toegenomen deelname van vrouwen op de arbeidsmarkt werd de behoefte aan dergelijk (zorg)verlof groter. Cao's waren echter niet wegbereidend op dit gebied. Uit diverse onderzoeken blijkt dat cao's vóór de totstandkoming van wetgeving geen of, in de ogen van de wetgever, onvoldoende regelingen bevatten op dit gebied.²³⁰

De ontwikkeling van rechten op zorgverlof werd in plaats daarvan in gang gezet door de wetgever, mede geïnspireerd door internationale normen op dit vlak. Een voorbeeld van die normen was het ontwerp voor de Europese Richtlijn inzake het ouderschapsverlof en verlof om gezinsredenen.²³¹ Ook werd in 1988 het IAO-verdrag 156 betreffende gelijke kansen en gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke arbeiders: arbeiders met gezinsverantwoordelijkheid door Nederland geratificeerd. Dit verdrag verplichtte de lidstaten om maatregelen te nemen die de combineerbaarheid van betaalde arbeid en zorgtaken moest vergemakkelijken. In de jaren negentig leidde dit onder andere tot de introductie van meer dwingendrechtelijke, individuele verlofrechten in het civiele recht, die soms – maar niet altijd – gekoppeld waren aan de behoefte aan tijd wegens zorgtaken. De nieuwe civielrechtelijke arbeidstijden- en verlofwetgeving bestond hoofdzakelijk uit rechten die werden toegekend aan individuele werknemers, waarmee ze hun arbeidsduur tijdelijk of structureel konden aanpassen aan hun behoeftes. Vanwege deze aanpassingsmogelijkheid duid ik deze regels ook wel aan als 'responsief arbeidstijden- en

²²⁸ Tijdens 2002, p. 315.

²²⁹ Peters, De Jong en Sardjoe 2000.

²³⁰ Albers e.a. 1983, p. 102; Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 147 en p. 203. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19 368, nr. 1-2, p. 22: een onderzoek van SZW in 1984 naar de grootste bedrijfstak-cao's, toepasselijk op in totaal 983462 werknemers, leverde geen enkele regeling inzake ouderschapsverlof op. In een onderzoek uit 1988 bleek, dat sommige cao's voor vaders een uitbreiding van het wettelijke kraamverlof (1638c lid 4) van enkele dagen bevatten, maar een langer durend deeltijdverlof voor ouders bestond niet.

²³¹ PbEG 1982, C 186/3. Zie Prechal 1985, p. 250; Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 204. De Richtlijn werd in 1985 afgeblazen wegens verzet van het Verenigd Koninkrijk.

verlofrecht' (zie hoofdstuk 2). In hoofdstuk 4 wordt uitgebreider ingegaan op deze regels voor zover het gaat om verlof. Hier volsta ik met een globaal overzicht.

Het eerste resultaat van de belangstelling van de wetgever voor de combinatie van ouderschap en betaalde arbeid was de Wet op het Ouderschapsverlof, die in werking trad in 1991.²³² Het ouderschapsverlof was onbetaald, duurde ten hoogste zes maanden en kon alleen worden opgenomen als de werknemer ten minste twintig uur bleef werken. De regeling werd in 1997 verruimd.²³³ De omvang van het verlof bedroeg daarna maximaal de arbeidsduur per week gerekend over een periode van dertien weken (art. 7:644 lid 3 BW). Verlof kon voortaan worden opgenomen gedurende de helft van de arbeidsduur per week. Vanaf 1 januari 2009 is het ouderschapsverlof wederom uitgebreid van 13 naar 26 weken.²³⁴

In 2000 werd de Wet Aanpassing Arbeidsduur²³⁵ aangenomen. De wet bevatte een recht op aanpassing van de arbeidsduur voor werknemers die langer dan een jaar bij een werkgever in dienst waren, mits deze ten minste 10 werknemers in dienst had (art. 2 lid 1 en 12 WAA). Een verzoek om vermindering of vermeerdering van de arbeidsduur kan volgens art. 2 lid 5 WAA alleen worden afgewezen als zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich tegen het verzoek verzetten.

In de Wet Arbeid en Zorg (Wazo)²³⁶ in 2001 werd een aantal bestaande verlof-rechten gebundeld teneinde daarmee de uniformiteit, inzichtelijkheid en toeganke-lijkheid van de verschillende rechten te vergroten.²³⁷ Daarnaast bevatte deze wet een aantal nieuwe verlofrechten, zoals kortdurend zorgverlof, adoptieverlof en kraamverlof bij de bevalling van de echtgenote, en een formele erkenning van het recht op verlof bij zwangerschap en bevalling. Zoals gezegd waren cao's niet weg-bereidend geweest voor het ouderschapsverlof, de WAA of de nieuwe verlofrechten in de Wazo. Na invoering van de wet bevatten cao's wel vaak bepalingen over de combinatie van arbeid en zorg. In die bepalingen worden niet veel bovenwettelijke afspraken gemaakt.²³⁸

Met ingang van 1 juni 2005 is in hoofdstuk 5.2 Wazo een recht op langdurend zorgverlof opgenomen.²³⁹ De werknemer heeft recht op verlof zonder behoud van

232 Wet van 21 november 1990, Stb. 1990, 562, i.w.tr. 1 januari 1991.

233 Wet van 25 juni 1997, Stb. 1997, 266, i.w.tr. 1 juli 1997. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 869, nr. 3, p. 3: drie jaar na inwerkingtreding van de wet hadden 27% van de vrouwelijke en 11% van de mannelijke rechthebbenden verlof opgenomen.

234 Wet van 18 december 2008, Stb. 2008, 565, i.w.tr. 1 januari 2009.

235 Wet van 19 februari 2000, Stb. 2000, 114, i.w.tr. 1 juli 2000.

236 Wet van 16 november 2001, Stb. 2001, 567, i.w.tr. 1 december 2001.

237 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 207, nr. 3, p. 16.

238 In 2004 was in 6% van de cao's een aanvullende bepaling opgenomen over de duur van het ouderschapsverlof en in 9% is afgesproken dat werknemers recht hebben op (gedeeltelijk) betaald ouderschapsverlof. Over de duur van het langdurend zorgverlof stonden in 4% van de cao's aanvullende afspraken en over doorbetaling van het loon tijdens dit verlof in 8%. Zie W. Portegijs e.a., *Emancipatiemonitor 2006*, Den Haag: SCP, december 2006, p. 122.

239 Bij wet van 28 april 2005, Stb. 2005, 274.

loon voor een bepaalde categorie personen als die levensbedreigend ziek zijn. Het betreft de echtgenoot, geregistreerde partner of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont, een kind of pleegkind die huisgenoot van de werknemer is, of een bloedverwant in de eerste graad van de werknemer (zijn ouders) (art. 5:9 Wazo). Het verlof bedraagt ten hoogste zes maal de arbeidsduur per week in een periode van 12 maanden.

Als laatste ontwikkeling op het gebied van verlof vermeld ik nog het levensloopverlof. Bij het aantreden van het tweede kabinet Balkenende kondigde de regering een omslag in het denken over sociale zekerheid aan.²⁴⁰ Burgers moesten meer verantwoordelijkheid gaan nemen voor de planning van hun levensloop. Het eerste resultaat van deze omslag was de Wet Levensloopverlof uit 2005.²⁴¹ Werknemers kunnen volgens deze regeling onbelast sparen om inkomensachteruitgang op te vangen in tijden dat zij minder willen gaan werken. Zij genieten vervolgens fiscale voordelen bij het uitbetalen van het spaargeld tijdens verlof.²⁴² Het sparen voor verlof brengt echter niet met zich dat de werknemer ook recht heeft op opname van verlof. Dit moeten werkgever en werknemer onderling overeenkomen, zo heeft de wetgever benadrukt.²⁴³

3.5.4 Vakantie

Het 'responsieve' arbeidstijden- en verlofrecht was vooral bedoeld om werknemers in de gelegenheid te stellen hun arbeidstijden tijdelijk of structureel aan hun behoeften in de privésfeer aan te passen. Zoals beschreven was er in de Arbeidstijdenwet juist een tegengestelde trend om de werkgever de mogelijkheid te geven om arbeidstijden aan te passen aan de bedrijfsbehoefte, en indien nodig werknemers langer te laten werken. Deze twee trends kwamen samen in de aanpassing van het recht op vakantie in 2001.²⁴⁴ Volgens een nieuwe visie van de regering op overheidsingrijpen in het arbeidsrecht, moest dwingendrechtelijke regelgeving voortaan zoveel mogelijk beperkt worden tot een minimum, zodat werkgevers en werknemers bovenwettelijke afspraken op maat konden maken.²⁴⁵ In dat kader werd de vigerende vakantiewetgeving te rigide geacht om tegemoet te komen aan

²⁴⁰ Zie bv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 10, p. 13 en p. 20; *Handelingen II* 25 november 2004, 28-1817. Zie ook de notitie 'Nieuwe accenten op het terrein van werk en inkomen', *Kamerstukken II* 2004/05, 29 804, nr. 1 en de notitie 'Ontwikkelingen en keuzes in het stelsel van werk en inkomen', bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 29 804, nr. 23.

²⁴¹ Zie de wet van 24 februari 2005, Stb. 2005, 115, i.w.tr. 1 januari 2006; zie nader par. 4.5.1.

²⁴² O.a. de fiscale omkeerregel is van toepassing. Art. 11 lid 1 sub j onder 5° en r. onder 4 wet LB jo. art. 10 wet LB. Zie nader par. 4.5.2.

²⁴³ Zie o.a. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 3, p. 16; nr. 10, p. 19; nr. 54, p. 34-35; *Kamerstukken I* 2004/05, 29 760, nr. D, p. 37.

²⁴⁴ Wet van 30 november 2000, Stb. 2000, 545, i.w.tr. 1 februari 2001.

²⁴⁵ Nota Flexibiliteit en Zekerheid, *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 543, nr. 1; *Kamerstukken II* 1997/98, 26 079, nr. 3, p. 2.

de behoefte aan maatwerk voor werknemers en werkgevers.²⁴⁶ Twee verschillende behoeftes werden onderscheiden.

Ten eerste hadden sommige werknemers (of hun werkgevers) volgens de regering behoefte aan het kunnen ruilen van vakantiedagen voor geld of andere doeleinden. Met inachtneming van de Europese Richtlijn 1993/104/EG en in navolging van een unaniem advies van de SER²⁴⁷ werd daarom een soepeler regime ingevoerd voor de bovenwettelijke vakantiedagen.²⁴⁸ Was het ruilen van vakantiedagen voor geld voordien alleen mogelijk bij het einde van de arbeidsovereenkomst, nu werd het voor de bovenwettelijke dagen mogelijk om bij schriftelijke overeenkomst van dat verbod af te wijken (art. 7:640 lid 2 BW). Werknemers konden bovenwettelijke vakantiedagen nu (veelal in het kader van de à la carte cao's) gemakkelijker gaan ruilen voor andere arbeidsvoorwaarden, zoals loon of de fiscaal gunstig behandelde aanschaf van fiets, openbaar vervoerkaart of sportabonnement. Het recht op opbouw van vakantiedagen tijdens dagen waarop niet gewerkt werd wegens bijvoorbeeld ziekte, vakantie, politiek verlof of zwangerschapsverlof kon voorts voor wat de bovenwettelijke dagen betreft komen te vervallen, mits die mogelijkheid schriftelijk was overeengekomen (art. 7:635 lid 6 BW).

Ten tweede hadden andere werknemers volgens de regering geen behoefte aan het ruilen, maar eerder aan het opsparen van vakantiedagen, bijvoorbeeld voor zorgverlof, maar ook voor studie of vervroegd pensioen.²⁴⁹ Tijdens de parlementaire behandeling werd opgemerkt, dat deze doelstelling op gespannen voet stond met het versoepelen van de afkoop van vakantiedagen.²⁵⁰ In het kader van het sparen van verlof werd de verjaring van verlofdagen verruimd van twee jaar naar vijf jaar (art. 7:642 BW). Ten slotte werd de zeggenschap bij het vaststellen van de vakantiedagen in beginsel omgedraaid. De werkgever moest voortaan voor wat betreft de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie de wensen van de werknemer volgen, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten (art. 7:638 lid 2 BW). Dit geldt voor zover in de vaststelling van de vakantie niet is voorzien bij schriftelijke overeenkomst of bij cao.²⁵¹

246 *Kamerstukken II* 1997/98, 26 079, nr. 3, p. 2.

247 SER 1997/04.

248 De wettelijke dagen zijn de dagen die minimaal verleend moeten worden volgens art. 7:634 BW, de bovenwettelijke dagen zijn de dagen die daarboven bij cao of individuele arbeidsovereenkomst worden overeengekomen.

249 Blijkens de memorie van toelichting diende de wet primair ter uitvoering van de kabinetsvoorname in het kader van het faciliteren van de combinatie arbeid en zorg. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26 079, nr. 3, p. 1.

250 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 079, nr. 12, Amendement Van Gent over een verbod op het afkopen van bovenwettelijke vakantiedagen. "Door het afkopen van vakantiedagen toe te staan wordt de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen, de ongelijkheid tussen hoge en lage inkomens en de werkdruk bevorderd." Zie hierover ook Westerveld 1999.

251 In de literatuur en de rechtspraak bestaat geen overeenstemming over de vraag, of dit ook betekent dat kan worden overeengekomen dat de werkgever de bevoegdheid heeft om vakantieperiodes aan te wijzen. Zie nader par. 3.6.5.

In 2009 heeft het Hof van Justitie arresten gewezen die een aanpassing noodzakelijk maakten van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (BW) betreffende de opbouw van minimum vakantieaanspraken bij ziekte.²⁵² In 2010 is hiertoe een wetsvoorstel ingediend.²⁵³ De regering heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt om het verlofsparen weer te beperken. Volgens het voorgestelde art. 7:640a BW vervallen vakantiedagen die deel uitmaken van het wettelijke minimum zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. De tot dan toe geldende mogelijkheid van (meerjarig) uitstel van de minimum vakantieaanspraken deed naar het oordeel van de regering namelijk onvoldoende recht aan het doel en het belang van vakantieopname, door de regering benoemd als “tijds recuperatie”.²⁵⁴ Het verlofsparen uit de wetswijziging van 2001, is in de ogen van de regering nu minder noodzakelijk omdat sindsdien diverse andere maatregelen zijn getroffen om arbeid en zorg beter combineerbaar te maken.²⁵⁵

3.6 Jurisprudentie over arbeidstijden en vakantie

In het voorgaande zijn ontwikkelingen besproken in de wet- en regelgeving inzake arbeidstijden. Daarbij is niet of nauwelijks aandacht besteed aan de uitleg van deze wet- en regelgeving in jurisprudentie. Ook is niet besproken op welke wijze rechters conflicten over arbeidstijden oplossen als de wet daarvoor niet met zoveel woorden een regeling geeft. De jurisprudentie over arbeidstijden komt aan de orde in deze paragraaf. Daarbij wordt anders dan in het voorgaande, geen onderscheid gemaakt tussen ontwikkelingen voor 1990 en ontwikkelingen daarna. Soms is er geen scheidslijn aan te geven, of de scheidslijn ligt niet in 1990. In het navolgende bespreek ik jurisprudentie over de Arbeidswet 1919 en de Arbeidstijdenwet in geschillen tussen werkgevers en werknemers. Vervolgens is er aandacht voor structurele wijzigingen van arbeidstijden, zoals verschuivingen van aanvangs- en eindtijden, en incidentele wijzigingen zoals overwerk en invallen, beide naar wens van de werkgever, nevenarbeid en aspecten van het recht op vakantie. Ten slotte wordt nog een paragraaf gewijd aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG over de Arbeidstijdenrichtlijn. Jurisprudentie over wijzigingswensen van de werknemer en over verlof komt aan de orde in hoofdstuk 4.

252 HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 en C-520/06 (*Schultz-Hoff*) alsmede HvJ EG 10 september 2009, C-277/08 (*Vicente Pereda*), waarin het Hof werd gevraagd artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PbEG 2003, L 2999/9) ('arbeidstijdenrichtlijn') uit te leggen met betrekking tot vakantierechten bij ziekte.

253 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 465, nr. 2.

254 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 465, nr. 3, p. 6.

255 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 465, nr. 3, p. 7. Gewezen wordt op de invoering van het kortdurend zorgverlof, het langdurend zorgverlof, de verlenging en tegemoetkoming in de kosten van ouderschapsverlof en de levensloopregeling.

3.6.1 *Jurisprudentie over de Arbeids(tijden)wet*

De Arbeidswet of de Arbeidstijdenwet worden in civielrechtelijke jurisprudentie over de rechten en plichten van individuele werknemers niet vaak genoemd. Een verklaring daarvoor kan gezocht worden in het feit dat deze wetgeving van oudsher (deels) bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd. Daarom is er wellicht enige aarzeling inzake of onbekendheid met de mogelijkheid tot toepassing van deze wet in civielrechtelijke geschillen. Rechters blijken in voorkomende gevallen dan ook niet altijd de bepalingen in deze wetgeving onverkort toe te passen op een geschil tussen een werkgever en een werknemer, zelfs niet als partijen zich op bepalingen in de Arbeidswet of de Arbeidstijdenwet hebben beroepen en de bepalingen zich lenen voor rechtstreekse toepassing.

In de Arbeidswet 1919 was zoals eerder besproken voor het eerst een regeling opgenomen voor een voor iedere werknemer geldende achturige werkdag. Het sociale, ethische motief om de werknemers de gelegenheid te geven zich te ontplooien en tijd te hebben voor hun gezin speelde een belangrijke rol bij de rechtvaardiging van deze wet.²⁵⁶ Er is een tweetal 'klassieke' uitspraken van de Hoge Raad waarin dit gegeven werd erkend, die ondanks het strafrechtelijke karakter ook relevantie hebben voor de verhouding tussen werkgevers en werknemers.

De Hoge Raad hield ten eerste rekening met dit gegeven bij de uitleg van het begrip werkzaamheden in de zin van die wet.²⁵⁷ De rechtbank in eerste aanleg meende dat de Arbeidswet ondanks een werkweek van 64 uren het toegestane maximum van 55 uur niet had overtreden, omdat de werkneemster 2,5 uur per dag op klanten wachtte en dus niet werkte. De Hoge Raad casseerde: 'Dat de strekking van de Arbeidswet 1919 niet alleen is den arbeider voor overmatige vermoeidheid te behouden doch ook om hem de vrije beschikking over een voldoende deel van zijn tijd te geven, ten behoeve van eigen ontwikkeling en ontspanning en in het belang van zijn gezin. Dat in overeenstemming daarmee in die wet onder "werkzaamheden" niet slechts zijn te verstaan verrichtingen die krachtsinpanning vorderen, doch daaronder moet worden begrepen het op enigerlei wijze besteden van tijd, ongeacht of daarmee al dan niet inspanning van lichamelijken of geestelijken aard gepaard gaat.'

In de Arbeidswet 1919 was het verrichten van nevenarbeid door de werknemer tot op zekere hoogte aan banden gelegd, zoals beschreven in par. 3.2.3.²⁵⁸ Het verbod van nevenarbeid voor zover de werknemer die arbeid ook niet bij zijn hoofdwerkgever mocht verrichten en de inlichtingenplicht van de werknemer daaromtrent dienden zoals vermeld niet zozeer om de werknemer in zijn vrijetijdsbesteding te beperken, maar om ontduiking van de wet door samenspanning tussen werkgevers

256 *Handelingen II* 1918/19, p. 2877; zie ook *Kamerstukken II* 1918/19, 408, nr. 5, p. 5. Zie Geers 1988, p. 52; Beenhakker 1969.

257 HR 26 oktober 1931, NJ 1932, p. 413.

258 Nevenarbeid was nog steeds verboden voor zover de werknemer die arbeid ook niet bij zijn hoofdwerkgever mocht verrichten. Zie art. 21, 32, 48, 53, 63 en 66 Arbeidswet 1919. Het niet melden ervan was strafbaar. Zie Van Drongelen 1987, p. 34-38.

te voorkomen. De Hoge Raad bepaalde in lijn daarmee in 1931, dat nevenarbeid op grond van de Arbeidswet 1919 was toegestaan voor zover die arbeid volgens die wet ook op de werkplaats zelf zou zijn toegestaan.²⁵⁹

De Hoge Raad erkende in deze twee uitspraken derhalve de ruime strekking van de Arbeidswet 1919, die mede diende ter bescherming van het privéleven. Een beroep op deze wet kwam in civielrechtelijke geschillen niet vaak voor en kon de werknemer in voorkomende gevallen niet altijd baten. Een beroep op de bescherming van de Arbeidswet 1919 bij weigering van overwerk kon in ieder geval niet snel genade vinden in de ogen van de Hoge Raad. Weliswaar kon een werkweigering in strijd met die wet in beginsel geen dringende reden opleveren.²⁶⁰ De Hoge Raad stelde echter wel de eis dat de werknemer op het moment van weigering op mogelijke overschrijding van de Arbeidswet wees. Een beroep op strijd met de Arbeidswet achteraf kon hem niet baten. Met name als strijd met de wet niet evident was, moest hij bovendien zijn weigering tijdig ter kennis brengen van de werkgever, zodat deze nog voorzieningen kon treffen.²⁶¹ De werknemer diende volgens een uitspraak uit 1995 bovendien te bewijzen dat op het moment van weigering van overwerk vast stond dat het overwerk verboden zou zijn op grond van (destijds) de Arbeidswet 1919.²⁶² Dat was niet altijd evident, omdat dit af kon hangen van de hoeveelheid rust die de werknemer nadien ter compensatie zou kunnen krijgen. Deze jurisprudentie is vermoedelijk nog steeds relevant voor een beroep op de Arbeidstijdenwet, zij het dat daarin sinds 2007 overwerk niet meer afzonderlijk is gereguleerd en de maximale arbeidstijden en minimale rusttijden zijn verruimd, zodat van strijd met de wet minder snel sprake zal zijn.

Civilrechtelijke jurisprudentie over de Arbeidstijdenwet is vooralsnog ook schaars. Dat is op zichzelf opmerkelijk, omdat in de Arbeidstijdenwet, veel meer dan in de Arbeidswet 1919, bepalingen staan die zich lenen voor een rechtstreekse civielrechtelijke werking. Handhaving van de Arbeidstijdenwet is weliswaar een taak van de arbeidsinspectie. Die kan bijvoorbeeld boetes opleggen bij overschrijding van de maximale arbeidstijden en minimale rusttijden (hoofdstuk 10 Artw), of een eis tot naleving stellen als de werkgever het arbeidstijdenbeleid niet heeft vastgelegd (art. 4:1 lid 5 Artw). Veel bepalingen in de wet hebben echter ook rechtstreekse werking tussen werkgevers en werknemers. Bedingen in strijd met maximale arbeidstijden of minimale rusttijden worden bijvoorbeeld veelal bedreigd met nietigheid.²⁶³ Ook de artikelen 4:1 t/m 4:2 Artw lenen zich voor civielrechtelijke werking. In de Arbeidstijdenwet wordt niet vermeld wat het gevolg is van de niet-nakoming ervan. Hierop moet het antwoord dus worden gezocht in het arbeids-overeenkomstenrecht. Daarvoor is dan wel vereist, dat die bepalingen worden toegepast in civielrechtelijke geschillen, en dat gebeurt nog weinig.

259 HR 2 februari 1931, NJ 1932, p. 1138.

260 HR 6 april 1979, NJ 1979, 492.

261 HR 8 juni 1962, NJ 1963, 526; HR 12 januari 1990, NJ 1990, 475 m.nt. Stein.

262 HR 27 januari 1995, JAR 1995/50. Zie Swelheim 1995.

263 Zie bijvoorbeeld art. 5:1 lid 2, 5:2 lid 2, 5:4 lid 3 laatste volzin, 5:6 lid 4 laatste volzin, 5:7 lid 4 Artw.

De nietigheid van bepalingen in strijd met de Arbeidstijdenwet was aan de orde in een procedure van vakbonden tegen een supermarkt, van wie de filiaalchefs te veel onbetaalde overuren maakten en daarvoor nadien een instemmingsverklaring hadden getekend.²⁶⁴ Het Hof Arnhem was van oordeel dat de afwijking van het maximaal aantal uren volgens de Arbeidstijdenwet nietig was, en wees de vordering van de bonden toe. In een zaak waarin van een werknemer werd verlangd extra avonddiensten te draaien, toetste de kantonrechter aan art. 5:9 en 5:1 Artw. De vordering werd afgewezen mede op grond van het feit dat de zwaarwichtige belangen van de werkgever bij deze wijziging onvoldoende waren komen vast te staan.²⁶⁵

Art. 4:1a Artw, op grond waarvan de werkgever rekening moet houden met de persoonlijke belangen van de werknemer bij de vaststelling van arbeidstijden, is een aantal keren toegepast in de gepubliceerde rechtspraak. In een geval waarin de rechter het artikel wel noemde, leverde het geen positief resultaat op voor de werknemster, die flexibilisering van werktijden weigerde vanwege een kinderopvangprobleem. De rechter overwoog: "De werkgever is verantwoordelijk voor een goede en verantwoorde organisatie en marktpositie van het bedrijf alsook, voor zover dat in zijn vermogen ligt, voor behoud van de werkgelegenheid. Hij heeft daarbij een zekere beleidsvrijheid waaraan de individuele belangen van de werknemers, binnen redelijke grenzen, ondergeschikt kunnen zijn." Het kinderopvangprobleem van de werknemster in deze zaak was volgens de rechter slechts een kostenprobleem, waarvan de relevantie niet vast stond omdat daarbij het gezinsinkomen moest worden betrokken.²⁶⁶ In een ander geval betrof de kantonrechter art. 4:1a Artw in zijn afweging inzake een verzoek van een werknemer om op vier dagen te werken in plaats van op drie dagen. Mede vanwege het ontbreken van elke bereidheid tot een compromis werd de vordering van werknemster toegewezen.²⁶⁷ In twee gevallen werd art. 4:1a Artw toegepast bij een geschil over aanpassing van een rooster in het kader van een verzoek om aanpassing van de arbeidsduur.²⁶⁸ Deze uitspraken worden behandeld in par. 4.6.1.

De regeling inzake zondagsarbeid in de Arbeidstijdenwet (thans art. 5:6 Artw) is in de gepubliceerde jurisprudentie ook nog weinig genoemd. In een uitspraak uit 2004 voldeed het rooster volgens de kantonrechter aan de eisen van (destijds) art. 5:4 Artw, maar de vraag of voldaan was aan het instemmingsvereiste in dat artikel werd niet onderzocht.²⁶⁹ In een uitspraak uit 2006 toetste de kantonrechter dit wel. De vordering tot verklaring voor recht, dat zondagsarbeid niet verplicht was wegens strijd

264 Hof Arnhem 10 februari 2004, *JAR* 2004/49 (vordering tot schadevergoeding bonden toegewezen).

265 Ktr. Rotterdam 10 juli 2001, *JAR* 2001/151.

266 Ktr. Leeuwarden 5 april 2006, *JAR* 2006/109 (deeltijdwerknemster werkte op vaste dagen, moet flexibel gaan werken).

267 Ktr. Arnhem 17 september 2007, *LJN* BB4550.

268 Hof Den Bosch 5 oktober 2010, *LJN* BN990; Ktr. Rotterdam 21 oktober 2005, *LJN* AU5732.

269 Ktr. Haarlem 2 juli 2004, *JAR* 2004/176 (winkelpersoneel, inroostering op zaterdag, na indiensttreding opgekomen sabbatswens, ontbinding zonder vergoeding, ontslag op staande voet nietig).

met art. 5:4 Artw, werd toegewezen omdat niet voldaan was aan het instemmingsvereiste.²⁷⁰ In sommige andere uitspraken draaide het conflict wel om zondagsarbeid, maar werd niet aan de Arbeidstijdenwet getoetst.²⁷¹

In de Arbeidstijdenwet is van de bepalingen inzake nevenarbeid overgebleven de bepaling dat de werknemer die bij meer dan een werkgever arbeid verricht, verplicht is om uit eigen beweging tijdig de voor de naleving van de Arbeidstijdenwet benodigde inlichtingen te verstrekken aan elke werkgever (art. 5:15 lid 6 Artw). Een sanctie is niet in de wet geregeld. In de jurisprudentie over nevenarbeid wordt deze bepaling niet genoemd. Wel worden aan het niet uit eigen beweging melden van nevenactiviteiten regelmatig gevolgen verbonden (zie par. 3.6.4).

3.6.2 Structurele wijziging van arbeidstijd(patronen)

In een uitspraak van de Hoge Raad uit 1966 werd de toon gezet voor de beoordeling van structurele wijziging van arbeidstijdpatronen op initiatief van de werkgever. In dat geval ging het om een verschuiving van de aanvangs- en eindtijden van de dienstbetrekking met een uur. De werkgever was hiertoe volgens deze uitspraak op grond van zijn gezagsrecht bevoegd.²⁷² Wel was de werkgever gehouden het persoonlijke belang van de werknemer bij weigering van een dergelijke opdracht mee te wegen, maar ook als die belangen redelijk waren, maakte dat de opdracht nog niet onredelijk. Welke persoonlijke belangen de werknemer bij de weigering had blijkt overigens niet uit de uitspraak. Later werd hier aan toegevoegd dat de bezwaren van de werknemer tegen de weigering wel tijdig moeten worden aangevoerd, dat wil zeggen ter gelegenheid van de weigering.²⁷³ Weigering om de door de werknemer aangevoerde gronden aan te horen kan er toe leiden dat de werkgever de ondeugdelijkheid van die gronden moet bewijzen.²⁷⁴ Over de vraag welke bezwaren van de werknemer dan tot terechte weigering van een rooster(wijziging) konden leiden, heeft de Hoge Raad zich niet uitgesproken.

Hieruit kan worden opgemaakt dat als de arbeidstijdpatronen niet zijn overeengekomen, het belang van de werkgever om deze vrijelijk te (re)organiseren, in beginsel zwaarder weegt dan het persoonlijke belang van de werknemer bij bepaalde arbeidstijdpatronen, zij het dat de werkgever wel naar de bezwaren moet luisteren. In lagere rechtspraak komt het in lijn hiermee geregeld voor dat

270 Ktr. Rotterdam 26 januari 2006, JAR 2006/42 (winkelpersoneel, werknemer niet verplicht tot werken op zondag, individuele instemming voor het geval vereist).

271 Ktg. Enschede 20 februari 1997, Prg. 1997, 4741 (weigering om structureel op zaterdag te gaan werken wegens werk als voetbalcoach werd onredelijk geacht, met name omdat de OR met de regeling had ingestemd); Ktr. Assen 1 juli 2002, JAR 2002/189 (geen verplichting tot het werken in weekenden want niet overeengekomen, zwaarwegend belang werkgever onvoldoende aangetoond).

272 HR 24 juni 1966, NJ 1966, 457 (Krommenhoek/Gooise fotocentrale).

273 Zie HR 6 april 1979, NJ 1979, 492 (in hoger beroep is te laat) en HR 13 maart 1981, NJ 1981, 513 (tijdig betekent voor of ter gelegenheid van de weigering).

274 HR 19 september 1980, NJ 1981, 131 m.nt. Stein.

de werkgever enerzijds bevoegd wordt geacht een roosterwijziging door te voeren, maar dat anderzijds op grond van goed werkgeverschap of op grond van de redelijkheid en billijkheid van hem wordt verwacht, dat hij tijdig overlegt. Ook wordt wel gevergd dat een overgangsmaatregel wordt aangeboden.²⁷⁵ De verplichting te overleggen en de belangen van de werknemers in de roosterplanning te betrekken vloeit overigens ook voort uit de Arbeidstijdenwet en, medezeggenschapsrechtelijk, de WOR.²⁷⁶ De Arbeidstijdenwet zou op dit punt ook toegepast kunnen worden in geschillen tussen werkgever en individuele werknemers, maar dit gebeurt in de jurisprudentie niet (zie hierover par. 3.6.1).

Anderzijds is er (lagere) rechtspraak waaruit blijkt dat de werkgever in beginsel geen structurele wijziging van arbeidsduur en bestendige arbeidstijdpatronen mag doorvoeren, behoudens zwaarwegende bedrijfsbelangen.²⁷⁷ In deze lagere uitspraken is meestal sprake van een door de werkgever gewenste wijziging van afspraken over arbeidstijdpatronen. Dat kan het verschil verklaren met de uitspraak van de Hoge Raad uit 1966, die immers aannam dat in dat geval de aanvangstijden onder het gezagsrecht vielen. Door dit onderscheid tussen gezagsuitoefening en overeenkomst wordt de vraag relevant, wanneer bestendig gebruikelijke arbeidstijdpatronen afgesproken zijn, en wanneer niet. Dit speelt vooral een rol, wanneer de arbeidstijdpatronen niet expliciet in een (schriftelijke) overeenkomst zijn vastgelegd. Een bepaald bestendig gevolgd arbeidstijdenpatroon dat niet op schrift is gesteld, kan immers toch als stilzwijgend overeengekomen worden aangemerkt. Dit is een kwestie van uitleg van de overeenkomst, waarin de rechter een zekere vrijheid toekomt (zie uitvoerig par. 8.2.3). Als arbeidstijdpatronen niet op schrift zijn gesteld, wordt dit in de rechtspraak soms ten nadele van de werknemer uitgelegd, namelijk als niet overeengekomen en dus voor wijziging vatbaar.²⁷⁸ Ook is er een uitspraak waarin de overeenkomst zo wordt uitgelegd dat flexibele arbeidstijdpatronen daarvan onderdeel uitmaken, ook al is daarvan niets op schrift gesteld.²⁷⁹ Het komt anderzijds voor dat bestendig gebruikelijke arbeidstijdpatronen wel als overeengekomen worden aangemerkt.²⁸⁰

275 Ktr. Hilversum 13 januari 2010, *JAR* 2010/78 (door roosterwijziging vervalt onregelmatigheidstoeelage, recht op afbouwregeling op grond van 7:611 BW o.a. vanwege toezegging aan OR); Hof Amsterdam 14 augustus 2008, *JAR* 2008/274 (een voor de werknemers gunstige afwijking van cao mag ongedaan worden gemaakt, mits rekening wordt gehouden met privébelangen werknemers bijvoorbeeld door tijdig overleg en overgangsmaatregelen).

276 Zie art. 4:1 en art. 4:1a Artw. In art. 6:1 Artw is bovendien bepaald dat de werkgever die een arbeidstijdpatroon vaststelt, wijzigt of intrekt, dit bij het ontbreken van een medezeggenschapsorgaan vooraf dient te bespreken met de belanghebbende werknemers. Zie voorts art. 27 lid 1 sub b WOR.

277 Rb. Middelburg 15 maart 1978, *Prg.* 1978, 1289 (werknemer is bijna 30 jaar in dagdienst bij zelfde werkgever, ploegendienst kan niet gevergd worden); Ktr. Assen 1 juli 2002, *JAR* 2002/189 (geen verplichting tot het werken in weekenden want niet overeengekomen, zwaarwegend belang werkgever onvoldoende aangetoond).

278 HR 24 juni 1966, *NJ* 1966, 457; Ktr. Leeuwarden 5 april 2006, *JAR* 2006/109.

279 HR 8 oktober 2010, *LJN* BN6131 (weekend- en avonddiensten bij beveiligingswerk (impliciet) overeengekomen, 81 RO-zaak, de uitleg door het Hof Amsterdam was niet voor cassatie vatbaar).

280 Ktr. 's-Hertogenbosch 17 februari 2000, *JAR* 2000/70 (roosterwijziging deeltijders na overgang van onderneming, waardoor inhoudelijke taakverzwaring; rooster was stilzwijgend overeengekomen en wijziging is niet aanvaard; kennelijk onredelijk ontslag); Ktr. Maastricht 29 maart 2005, →

Sinds eind jaren negentig is de relevantie van dit onderscheid tussen gezagsuitoefening en overeenkomst echter verminderd, omdat ook in het geval van afspraken over arbeidstijdpatronen in veel gevallen meer flexibiliteit van de werknemer wordt gevergd. Dit is een gevolg van het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest van de Hoge Raad uit 1998.²⁸¹ Volgens die uitspraak is een goede werknemer in het algemeen gehouden positief in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever tot wijziging van de overeenkomst, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk. Het maakt daarbij volgens de Hoge Raad geen verschil of de gewijzigde omstandigheden al dan niet in de risicosfeer van de werkgever liggen. Hierna zal ik deze regels ook aanduiden als 'de taxi-regel'.

Naar de letter van de taxi-regel mag de werknemer voorstellen afwijzen wanneer aanvaarding redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. De werkgever moet dus, anders gesteld, volgens deze regel wel rekening houden met de persoonlijke belangen van de werknemer bij wijziging van afgesproken arbeidstijden. In veel uitspraken over wijziging van arbeidstijdpatronen na 1998 wordt aan de taxi-regel getoetst.²⁸² Het belang van de werkgever geeft daarin meestal de doorslag. Het wegen van de belangen van de werknemer komt tot uitdrukking in verplichtingen van goed werkgeverschap, zoals de verplichting tijdig te overleggen en eventuele overgangsregelingen aan te bieden.

Dergelijke overlegverplichtingen worden daarnaast aangenomen in rechtspraak waarin de werkgever een beroep deed op een beding op grond waarvan hij het recht had de roosters te wijzigen. In een voorkomend geval was de rechter niet bereid om dit als een beding in de zin van art. 7:613 BW aan te merken, omdat arbeidstijden volgens hem geen arbeidsvoorwaarde waren (zie hierover ook par. 9.3.2).²⁸³ Dat bracht mee dat de belangen van de werkgever bij de roosterwijziging niet, zoals dat artikel eist, zwaarwegend hoefden te zijn. De roosterwijziging

JAR 2005/105 (ondanks arbeidsduur in cao van 36 uur per week is de feitelijke arbeidsduur 35; aangenomen wordt dat dit op grond van een overeenkomst was wegens onder andere de zichtbaarheid en de bestendigheid van het gebruik, terwijl er geen zichtbaar voorbehoud was gemaakt ten aanzien van het toestaan ervan); Ktr. Deventer 16 maart 2009, *LJN* BH894 (16 jaar lang 3x8 uur werken wordt als afspraak aangemerkt, flexibilisering na overgang van onderneming niet redelijk ook wegens ontbreken overleg). Een argument om het risico voor onduidelijkheid over deze vraag bij de werkgever te leggen, kan worden ontleend aan de informatieverplichting van art. 7:655 BW. Deze verplichting geldt in ieder geval voor de arbeidsduur (art. 7:655 lid 1 sub i BW) en voor overwerk (HvJ EG 8 februari 2001, *JAR* 2001/69).

281 Zie hierover uitvoerig par. 9.3.2.

282 Ktg. Zutphen 22 december 1998, *JAR* 1999/88 (wijziging rooster moet geaccepteerd worden wegens taxi-regel, maar wel met overgangsfase, ontbinding op verzoek werknemer met vergoeding); Ktg. Amsterdam 3 oktober 2000, *JAR* 2000/242 (overplaatsing van semi-continudienst naar dagdienst wegens ziekteverzuim, financiële overgangsregeling, redelijk wegens taxi-regel); Ktr. Amsterdam 30 augustus 2004, *JAR* 2004/224 (werkneemster moet op donderdag werken ook al is dat een mantelzorgdag, ondanks eerdere toezegging wijziging arbeidstijdpatroon om bedrijfseconomische redenen redelijk, ontbinding met geringe vergoeding); Ktr. Nijmegen 1 maart 2005, *JAR* 2005/127 (eenzijdige wijziging werkuren van avond- naar dagdienst wegens frequent ziekteverzuim toelaatbaar, mede wegens overgangsregel).

283 Ktr. Zaandam 16 november 2006, *JAR* 2006/296.

werd echter wel getoetst aan eisen van goed werkgeverschap, zoals het overleggen met werknemers en het in acht nemen van een overgangsregeling.²⁸⁴ In een ander geval werd een flexibilisering van overeengekomen roosters wel getoetst aan art. 7:613 BW. De door de werknemers aangevoerde bezwaren tegen de flexibilisering, zoals het niet hebben van een vaste structuur in het nieuwe systeem, waardoor hun privéleven, kinderopvang en biologische klok zouden worden ontregeld, en het minder ontvangen van toeslagen, werden in die zaak minder zwaar geacht dan het (uitvoerig toegelichte) bedrijfsbelang, mede vanwege de aangeboden aanpassingsperiode van een jaar.²⁸⁵

Niet altijd wordt getoetst of de werkgever rekening heeft gehouden met de persoonlijke belangen van werknemers door bijvoorbeeld een overgangsregeling te treffen. In een gepubliceerde beschikking van het CWI inzake de toepassing van het BBA werden de belangen van de werkgever om flexibele inzet te vergen van werknemers zwaarder geacht dan persoonlijke omstandigheden bij rigide arbeidstijden, zoals het verrichten van mantelzorg.²⁸⁶ Soms werd flexibiliteit zelfs zonder meer van de werknemer gevergd, zonder dat aan mogelijke privébelangen bij weigering serieus gewicht werd toegekend. Zo werd in een uitspraak uit 1997 geen ruimte voor individuele afwijking van een redelijk geacht arbeidstijdpatroon aangenomen.²⁸⁷ In een uitspraak uit 2008 werd ondanks het feit dat de arbeidstijdpatronen schriftelijk overeengekomen waren, aangenomen dat de werkgever in het algemeen beleidsvrijheid heeft op dit punt, bijvoorbeeld ter invoering van ploegendiensten. Het feit dat de werknemer in casu de ploegendiensten weigerde wegens gezondheidsredenen, werd voor zijn risico gebracht.²⁸⁸

Al met al is in de gepubliceerde jurisprudentie een duidelijke trend waar te nemen volgens welke werknemers open moeten staan voor flexibilisering van arbeidstijdpatronen. Dat geldt onverminderd als de vaste arbeidstijdpatronen die de werknemer zou willen handhaven waren overeengekomen. Toepassing van de taxi-regel valt meestal in het voordeel van de werkgever uit.²⁸⁹ De zeggenschap van de werkgever

284 Zie ook Ktr. Zutphen 31 augustus 2006, *JAR* 2006/257 (min-max contract, werkgever heeft het recht werknemer voor meer dan het gebruikelijke aantal uren op te roepen, maar moet op grond van het goed werkgeverschap wel tijdig aankondigen zodat zij kinderopvang aan kan passen).

285 Ktr. Haarlem 31 januari 2007, *LJN* AZ7818 (vordering tot nakoming overeengekomen roosters afgewezen).

286 Raad van Bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen 22 december 2008, *JAR* 2009/77 (niet meewerken aan flexibiliseren werktijden vanwege mantelzorg en privébelangen, verwijzing naar taxi-regel, ontslagvergunning verleend).

287 Ktg. Enschede 20 februari 1997, *Prg.* 1997, 4741 (weigering om structureel op zaterdag te gaan werken wegens werk als voetbalcoach werd onredelijk geacht, met name omdat de OR met de regeling had ingestemd).

288 Hof Den Bosch 13 januari 2009, *LJN* BH0699 (geen kennelijk onredelijk ontslag).

289 Roozendaal 2007a; zie voor deze conclusie in het algemeen ook Zondag 2006 en het overzicht van Loonstra e.a. 2007: in 8 van de 11 gepubliceerde uitspraken over de taxi-regel in 2005-2006 kreeg de werkgever gelijk.

over de vaststelling van het rooster brengt anderzijds overigens wel mee, dat ‘te weinig’ werken in de risicosfeer van de werkgever gebracht kan worden.²⁹⁰

Deze trend kent ook uitzonderingen. Vanaf ongeveer 2007 worden iets vaker uitspraken gewezen waarin het belang van de werknemer bij weigering van flexibilisering van de overeengekomen arbeidstijden zwaarwegender werd geacht dan het belang van de werkgever. In sommige gevallen wordt de werkgever daarbij verweten onvoldoende te hebben opengestaan voor overleg over alternatieven, of het belang bij flexibilisering onvoldoende te hebben aangetoond.²⁹¹ In andere gevallen viel de werkgever niets te verwijten, maar werd een compromis aangedragen waarin werd gepoogd mede recht te doen aan het belang van de werknemster²⁹² of werd het belang van de werknemster zelfs zonder meer zwaarder geacht.²⁹³

Tot slot nog een laatste woord over wijziging van de arbeidsduur. De rechtspraak inzake wijziging van arbeidstijden betreft niet vaak zaken waarin werkgevers een werknemer willen verplichten om meer of minder uren te gaan werken dan overeengekomen.²⁹⁴ Wat de vermindering betreft, kan van de rechter verwacht worden hier zeer terughoudend mee om te gaan, omdat doorgaans beoogd is de vermindering van het aantal arbeidsuren gepaard te laten gaan met vermindering van het week- of maandloon. Verlies aan arbeidsuren kan aldus gelijkgesteld worden aan een deeltijdontslag, op grond waarvan onder omstandigheden een recht op werkloosheidsuitkering kan ontstaan. Vanaf de jaren tachtig kozen werkgevers onder andere de route van de gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst om dit resultaat te bereiken (zie hierover par. 4.6.1). Een tweede reden om hier terughoudend mee om te gaan, is het bestaan van art. 8 lid 1 jo. art. 9 lid 2 BBA, op grond waarvan eenzijdige verlaging van de arbeidsduur nietig is.²⁹⁵ Er zijn uitspraken

290 Ktr. Haarlem 4 maart 2010, *LJN* BL5607 (overeengekomen gemiddelde van 33 uren per week niet gehaald, vordering terugbetaling loon afgewezen).

291 Ktr. Assen 1 juli 2002, *JAR* 2002/189 (geen verplichting tot het werken in weekenden want niet overeengekomen, zwaarwegend belang werkgever onvoldoende aangetoond); Ktr. Terneuzen 10 september 2003, *JAR* 2003/236 (voorstel weekendarbeid in verband met reorganisatie, niet passend wegens begeleiding topsport van dochter, ontbinding met van sociaal plan afwijkende vergoeding van C=1); Ktr. Delft 1 maart 2007, *LJN* BA3847 (flexibilisering mondeling overeengekomen arbeidstijdpatroon niet redelijk, toetsing aan 6:248 lid 2 BW, flexibiliteitsbelang werkgever onvoldoende toegelicht, ontbindingsverzoek afgewezen); Hof Den Haag 23 maart 2007, *JAR* 2007/126 (vrije woensdag wordt aangemerkt als afspraak, wijziging niet redelijk omdat werkgever het belang van de werknemster (mantelzorg) niet heeft meegewogen en alternatieven niet heeft overwogen, terwijl bezwaar werkgever bovendien van tijdelijke aard was); Ktr. Deventer 16 maart 2009, *LJN* BH894 (16 jaar lang 3x8 uur werken wordt als afspraak aangemerkt, flexibilisering na overgang van onderneming niet redelijk ook wegens ontbreken overleg).

292 Hof Den Bosch 30 januari 2007, *LJN* BA4838 (voorstel in plaats van 4x5 uur, voortaan 1x4 uur en 2x8 uur te werken geweigerd wegens zorg voor kinderen. Voorstel is onredelijk want onvoldoende rekening gehouden met persoonlijke belangen. Wel is werknemster gehouden haar werkdag om 8.30 uur in plaats van 9.00 uur te beginnen).

293 Ktr. Utrecht 9 juni 2010, *JAR* 2010/225 (toets aan taxi-regel, belang werkgever bij tweeploegendienst is reëel, maar belang bij handhaving ochtenddienst werknemster is zwaarwegender o.a. omdat zij anders haar kinderen nauwelijks kan zien).

294 Gundt 2009a, p. 148.

295 Zie uitvoerig Zondag 2001.

waarin deze terughoudendheid in acht wordt genomen.²⁹⁶ In een tweetal uitspraken waarin dat niet het geval was, gaf de rechter toepassing aan de taxi-regel.²⁹⁷ Structurele vermeerdering van arbeidsduur grijpt relatief diep in in de privésfeer van de werknemer. Dit wordt in de schaarse rechtspraak niet redelijk geacht, bijvoorbeeld omdat de werkgever ook alternatieven heeft in de vorm van het aannemen van meer personeel.²⁹⁸

3.6.3 Incidentele wijziging van arbeidstijd(patronen)

Uit de vorige paragraaf valt op te maken, dat structurele flexibilisering van arbeidstijdpatronen sinds medio jaren negentig in toenemende mate onderwerp is van geschillen tussen werkgevers en werknemers, en dat die geschillen overwegend in het voordeel van de werkgever worden beslecht. De vraag is vervolgens hoe dit uitpakt voor incidentele wijzigingen van arbeidstijdpatronen. Daaronder valt bijvoorbeeld langer werken dan gebruikelijk of invalwerk op relatief onverwachte momenten. Dit zal hierna ook worden aangeduid als overwerk. Onder overwerk wordt hier kortom verstaan werk tijdens uren anders dan de overeengekomen of gebruikelijke uren, of anders gezegd, incidentele wijzigingen van bestendige arbeidstijdpatronen.²⁹⁹

Het opleggen van incidentele wijzigingen van bestendige arbeidstijdpatronen kan worden aangemerkt als een redelijk bevel of opdracht in de zin van art. 7:678 lid 2 sub j BW.³⁰⁰ De bevoegdheid van de werkgever om een dergelijke opdracht te geven kan uiteraard deel uit maken van de arbeidsovereenkomst. Zo kan de werknemer

296 Ktg. Alkmaar 8 februari 1989, Prg. 1990, 3255 (kennelijk onredelijk ontslag wegens weigering tot wijziging van de arbeidsovereenkomst van werknemster met 29 dienstjaren van 70% naar 100%; weging van belangen werknemster en werkgeefster); Hof Den Haag 31 maart 2006, *LJN* AX1075 (uitleg cao-bepaling, bevoegdheid om roosters te wijzigen kan niet zien op wijzigen lengte werkweek).

297 Ktr. Helmond 28 juli 2004, *JAR* 2004/212 (wekelijkse arbeidsduur plotseling teruggebracht van 45 naar 40 uur, redelijk mede vanwege later aangeboden overgangsregeling en bedrijfseconomische situatie werkgever); al eerder genoemd: Ktr. Zutphen 31 augustus 2006, *JAR* 2006/257 (min-max contract, werkgever heeft het recht de werknemster voor meer dan het gebruikelijke aantal uren op te roepen, maar moet op grond van het goed werkgeverschap wel tijdig aankondigen zodat zij kinderopvang aan kan passen).

298 Ktr. Assen 1 juli 2002, *JAR* 2002/189 (winkelpersoneel niet verplicht tot extra werken in weekenden want niet overeengekomen, zwaarwegend belang werkgever onvoldoende aangetoond); al genoemd in par. 3.6.1: Ktr. Rotterdam 10 juli 2001, *JAR* 2001/151 (extra avonddiensten niet redelijk, toets aan art. 5:9 en 5:1 Artw, zwaarwegende belangen onvoldoende toegelicht).

299 In de literatuur worden verschillende definities voor overwerk gehanteerd. Bouwens en Duk 2008, p. 257, merken overwerk aan als langer werken dan de in de onderneming van de werkgever gebruikelijke werktijd. Deze definitie heeft het nadeel dat in een bedrijf met voornamelijk voltijders, niet duidelijk is wanneer deeltijders kunnen overwerken. Pasma 1998, p. 14, verstaat onder overwerk in de privaatrechtelijke zin het langer werken dan de bij individuele arbeidsovereenkomst of cao bepaalde werktijd. Zie over overwerk in de publiekrechtelijke zin, d.w.z. volgens de arbeidstijdenwetgeving, ook Van Drongelen 1983 en Roozendaal 2007a. Tot 2007 werd in de Arbeidstijdenwet onderscheid gemaakt tussen de toegestane arbeidstijden onder normale omstandigheden en de in ruimere mate toegestane arbeidstijden bij een onvoorziene wijziging van omstandigheden. Het laatste werd in de literatuur ook aangeduid als overwerk.

300 Bouwens en Duk 2008, p. 394.

contractueel verplicht zijn om overwerk te verrichten. De verplichting een incidentele afwijking van de overeengekomen arbeidsduur te aanvaarden kan echter ook bestaan als een dergelijke bevoegdheid niet expliciet is overeengekomen. De Hoge Raad heeft al lang geleden aanvaard dat de werknemer verplicht kan zijn om opdrachten uit te voeren die incidenteel afwijken van hetgeen uitdrukkelijk is overeengekomen, bijvoorbeeld als het gaat om arbeid op ongebruikelijke tijden. Die verplichting kan worden gebaseerd op de gewoonte, de redelijkheid en billijkheid of op een stilzwijgende overeenkomst.³⁰¹

Het beginsel, dat overwerk op grond van de gewoonte verplicht kan zijn, heeft in de lagere rechtspraak enige navolging gevonden.³⁰² Ook een overwerkverplichting op grond van een stilzwijgende overeenkomst komt voor in de lagere jurisprudentie.³⁰³ Zelfs werd een structurele verplichting overwerk te verrichten gebaseerd op het gezagsrecht.³⁰⁴ In de jurisprudentie van voor de jaren negentig wordt echter ook relatief vaak overwogen dat een overwerkverplichting bij het ontbreken van een schriftelijk beding alleen in uitzonderlijke situaties kan worden aanvaard.³⁰⁵ In deze jurisprudentie laat de rechter de persoonlijke belangen van de werknemer om overwerk te weigeren relatief zwaar wegen. De bereidheid van de werknemer om in eerdere gevallen overwerk te verrichten, wordt niet altijd in zijn nadeel uitgelegd als een verplichting om overwerk te verrichten.³⁰⁶

Anderzijds heeft de Hoge Raad zoals vermeld geoordeeld dat bij de vraag of een opdracht redelijk is, rekening gehouden moet worden met persoonlijke belangen van de werknemer bij weigering, zij het dat ook als die redelijk zijn, dit de opdracht

301 HR 8 december 1933, *NJ* 1934, 661 (gewoonte); HR 18 november 1955, *NJ* 1956, 28 m.nt. Rutten; HR 27 januari 1995, *JAR* 1995/50 (redelijkheid en billijkheid); HR 22 september 1995, *JAR* 1995/216 (stilzwijgende overeenkomst).

302 Ktg. Utrecht 15 januari 1997, *Prg.* 1997, 4715 (overwerk is aan het werk eigen; verhuisbedrijf).

303 Ktg. Amsterdam 3 maart 1992, *Prg.* 1993, 3797 (overwerk inherent aan functie).

304 Ktr. Maastricht 24 juli 1997, *JAR* 1997/180 (overwerkverplichting eenzijdig ingevoerd door werkgever).

305 HvJ Ned. Antillen 19 september 1978, *NJ* 1980, 172 (incidenteel overwerk zonder contractuele verplichting op grond van de redelijkheid en billijkheid (het goed werknemerschap) kan slechts bij uitzondering gevegd worden); Rb. Den Haag 31 maart 1976, *Prg.* 1976, 1118 (werkgeefster heeft niet het recht eenzijdig de arbeidstijd van een werknemer te verzetten naar een in verband met het verzorgen van zijn kleinvee niet schikkende tijd); Ktr. Rotterdam 29 juni 1978, *Prg.* 1979, 1373 (weigering van overwerkopdracht inzake vervoer van kist naar Hamburg in het weekend geen dringende reden; zondagsarbeid valt niet zonder meer te vergen, de werkgever had eerst alternatieve vervoersopties moeten onderzoeken); Rb. Middelburg 19 november 1986, *Prg.* 1987, 2629 (bevel aan werknemer om te werken terwijl hij eerder vrij was geroosterd; geen nood-situatie welke het wijzigen van het dienstrooster kon rechtvaardigen, privébelangen hoefden niet te wijken voor die wijziging waarover hij tevoren niet werd gehoord); Ktg. Amsterdam 3 februari 1993, *JAR* 1993/41 (weigering om onverwacht tijdens Sinterklaasweekend in Polen te blijven werken geen dringende reden). Ook de Centrale Raad van Beroep neemt dit niet gemakkelijk aan. Zie CRvB 8 januari 1991, *Prg.* 1991, 3445; CRvB 4 mei 2004, *USZ* 2004/239; CRvB 14 december 2005, *USZ* 2006/52.

306 Zie Ktg. Utrecht 7 juli 1982, *Prg.* 1982, 1812 (weigering verboden overwerk geen dringende reden, ook niet als het al eerder is verricht); Ktr. Rotterdam 26 januari 2006, *JAR* 2006/42 (zondagsarbeid eerder onder protest verricht, er is geen verplichting).

nog niet onredelijk maakt.³⁰⁷ Deze verplichting om rekening te houden met de persoonlijke belangen van de werknemer is van toepassing, ook als de verplichting overwerk te verrichten is overeengekomen. Een opdracht tot het verrichten van overwerk is in de ogen van de Hoge Raad echter niet snel onredelijk. Een beroep op de bescherming van de Arbeidswet 1919 bij weigering van overwerk kon zoals vermeld bijvoorbeeld niet snel slagen. Weliswaar kon een werkweigering in strijd met die wet in beginsel geen dringende reden voor ontslag op staande voet opleveren.³⁰⁸ De Hoge Raad stelde echter wel de eis dat de werknemer tijdig moest weigeren, onder verwijzing naar de op het moment van weigering vaststaande overschrijding van de Arbeidswet.³⁰⁹

De voorgeschreven belangenafweging bij het geven van een opdracht tot overwerk valt in de gepubliceerde jurisprudentie sinds medio jaren negentig dan ook steeds in het voordeel van de werkgever uit. In een uitspraak van de Hoge Raad uit 1995 werden de belangen van de werkgeefster bij het verrichten van slaapdiensten afgewogen tegen het belang van de werkneemster.³¹⁰ De werkgeefster, een zorgbehoevende, voerde aan dat alle andere beschikbare verzorgers verhinderd waren wegens vakantie, een examen en een begrafenis. De werkneemster weigerde omdat de slaapdiensten volgens haar fysiek te zwaar waren. Mede omdat de slaapdiensten volgens de Hoge Raad stilzwijgend overeengekomen waren, was de opdracht volgens de Hoge Raad redelijk. In de lagere jurisprudentie is een dergelijke belangenafweging terug te vinden in het geval van de werknemer die overwerk weigerde zonder opgaaf van redenen, naar later bleek vanwege een met haar gezondheid kampende zwangere echtgenote. Overwerk viel volgens de kantonrechter te vergen omdat dat in de betreffende branche, het opbouwen van beurzen, onvermijdelijk was.³¹¹ Voorts was er het geval waarin de werknemer overwerk op zaterdag had geweigerd, omdat hij op die dag een andere baan vervulde.³¹² De kantonrechter vond dat de werkgever geen uitzondering hoefde te maken voor deze werknemer en dat de werknemer maar iets had moeten regelen met zijn andere werkgever. Een soortgelijke afweging werd gemaakt in een zaak waarin de werknemer, een verhuizer, op zaterdag een stand op de markt had en daarom overwerk op die dag weigerde. Bij verhuisbedrijven was overwerk volgens de kantonrechter aan het werk eigen, en weigering daarvan om dergelijke 'privéredenen' niet redelijk.³¹³ De weigering van overwerk op zaterdag wegens werk als coach van een voetbalelftal werd door een kantonrechter ook niet redelijk geacht, mede wegens de instemming van de OR met het overwerk.³¹⁴

307 HR 24 juni 1966, NJ 1966, 457 (*Krommenhoek/Gooise fotocentrale*, vervroeging van aanvangs- en eindtijden met een uur).

308 HR 6 april 1979, NJ 1979, 492.

309 HR 8 juni 1962, NJ 1963, 526; HR 12 januari 1990, NJ 1990, 475 m.nt. Stein; HR 27 januari 1995, JAR 1995/50 (*Ermers/De Reekse Molen*). Zie Swelheim 1995.

310 HR 22 september 1995, JAR 1995/216; de A-G merkt op dat die belangenafweging ook verplicht is, onder verwijzing naar o.a. HR 24 juni 1966, NJ 1966, 457.

311 Ktr. Sittard 8 januari 1993, Prg. 1993, 314 (overwerk 'indien nodig' overeengekomen).

312 Ktg. Maastricht 24 juli 1997, JAR 1997/180 (overwerkverplichting gebaseerd op gezagsrecht, voorwaardelijke ontbinding zonder vergoeding na ontslag op staande voet).

313 Ktg. Utrecht 15 januari 1997, Prg. 1997, 4715.

314 Ktg. Enschede 20 februari 1997, Prg. 1997, 4741.

Opvallend is dat jurisprudentie van na 1995 over weigering van incidentele opdrachten tot het verrichten van overwerk niet vaak kan worden aangetroffen in de gepubliceerde rechtspraak. Over de oorzaak daarvoor kan alleen gespeculeerd worden, maar wellicht is er een verband met de verruimde verplichting tot het aanvaarden van structureel flexibele arbeidstijden zoals beschreven in par. 3.6.2.

Over de vraag, in hoeverre voor overwerk een vergoeding verschuldigd is, wordt iets vaker geprocedeerd. Daarvoor is in de eerste plaats uiteraard bepalend hetgeen daaromtrent in de individuele arbeidsovereenkomst of de cao is vastgelegd.³¹⁵ Veelal is daarin bepaald dat een toeslag verschuldigd is bovenop het gewone loon. Als de tekst van de overeenkomst onvoldoende aanknopingspunten biedt voor de vraag of een vergoeding verschuldigd is voor overwerk, kan de rechter toch een vergoeding voor overwerk toekennen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Daarvoor is volgens de Hoge Raad slechts plaats indien komt vast te staan dat de werkgever het overwerk aan de werknemer heeft opgedragen of dat uit de omstandigheden van het geval blijkt dat hij daarmee heeft ingestemd.³¹⁶ Soms wordt de vergoeding van overwerk echter geacht verdisconteerd te zijn in het gewone loon, met name bij hogere functies.³¹⁷

3.6.4 Nevenarbeid

Werkgevers en werknemers zijn in beginsel vrij om afspraken te maken over de mogelijkheid nevenarbeid te verrichten. In cao's worden geregeld beperkingen op het verrichten van nevenactiviteiten gesteld.³¹⁸ Meestal betreft het geen absoluut verbod, maar bijvoorbeeld een verplichting om toestemming te vragen en een opsomming van weigeringsgronden. Een absoluut verbod van nevenactiviteiten komt niet voor algemeen verbindend verklaring in aanmerking, omdat dat volgens het toetsingskader AVV inbreuk maakt op de vrijheid van arbeidskeuze volgens art. 19 lid 3 Gw.³¹⁹

In de literatuur is begin deze eeuw opgemerkt dat bepaalde sociaal-economische ontwikkelingen mee zouden kunnen brengen dat het belang van de regulering van nevenarbeid toeneemt, zoals de stijging van het aantal deeltijdbanen, de toename

³¹⁵ De uitleg van dergelijke (soms tegenstrijdige) bepalingen is geregeld onderwerp van geschil. Zie bijvoorbeeld HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 120; HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 273 (*Boonen/Quicken*); HR 24 april 2009, *JAR* 2009/130 (*Teunissen en Verkerk/Welters*). Een bijzonder aspect van die uitleg betreft de uitleg van 'tijd voor tijd' bepalingen, het recht op compensatie voor overwerk in tijd in plaats van in geld. Bv. HR 12 juni 2009, *JAR* 2009/181. Zie voorts voor doorwerking van de cao na afloop van de algemeen verbindend verklaring ervan bv. HR 2 april 1993, *JAR* 1993/100.

³¹⁶ HR 6 maart 1998, *JAR* 1998/126. Zie Rb. Utrecht 22 november 1995, *JAR* 1996/93 (gelet op aanwezigheid werkgever mag opdracht worden verondersteld); Rb. Groningen 19 januari 2001, *JAR* 2001/54 (opdrachten maatschap aan arts-assistenten toegerekend aan werkgever/ziekenhuis); Hof Arnhem 10 februari 2004, *JAR* 2004/49 (vrijwilligheid overwerk niet aannemelijk wegens gang van zaken in onderneming).

³¹⁷ Ktg. Amsterdam 3 maart 1992, *Prg.* 1993, 3797 (overwerk inherent aan functie supervisor); Rb. Amsterdam 26 juni 1996, *JAR* 1996/193 (vergoeding overwerk staffunctionaris afgewezen).

³¹⁸ De Wolff 2005, par. 3.

³¹⁹ Toetsingskader AVV, Bekendmaking van de Minister van SZW van 2 december 1998, *Stcrt.* 1998, 240, zoals sindsdien gewijzigd.

van het zelfstandig ondernemerschap door eenlingen (de zogeheten zzp-ers), grotere baanonzekerheid en snellere baanwisselingen.³²⁰ De toename van het belang van nevenarbeid is echter niet terug te vinden in een opmerkelijke toename van jurisprudentie over dit onderwerp.³²¹ In de rechtspraak over nevenarbeid is ook voor wat betreft de inhoud geen opmerkelijke verschuiving waar te nemen.

Rechtspraak over nevenarbeid betreft relatief vaak gevallen waarin de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd of wil laten ontbinden wegens de aard van de nevenactiviteiten. Een veel voorkomend bezwaar is bijvoorbeeld het feit dat de nevenactiviteiten concurrerend zijn met het bedrijf van de werkgever. Een verbod op concurrerende werkzaamheden kan overeengekomen zijn, maar vloeit volgens de wetgever ook al voort uit het goed werknemerschap.³²² In de meeste gevallen waarin de werknemer concurrerende activiteiten verrichtte, werd de werkgever in het gelijk gesteld.³²³ Dat geldt uiteraard des te sterker als die werkzaamheden (ook) tijdens werktijd werden verricht zonder toestemming van de werkgever.³²⁴ Als de nevenactiviteiten maar in geringe mate concurrerend zijn, valt het oordeel van de rechter in voorkomende gevallen toch in het voordeel van de werknemer uit.³²⁵

De aard van de nevenarbeid speelt voorts een rol in gevallen waarin deze volgens de werkgever niet goed te verenigen is met de functie van de werknemer of de aard van de onderneming van de werkgever. Het telen van hennep door een buurtmeester van een woningbouwvereniging en het exploiteren van een seksshop door een onderwijsassistent leidden bijvoorbeeld tot ontbindingen zonder vergoeding.³²⁶ De schijn van belangenverstrengeling speelde een rol in een zaak waarin een medewerker van het CWI een loopbaanbegeleidingsbureau startte, aanvankelijk met toestemming van de werkgever. Een beroep op die toestemming was volgens de rechter naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geworden wegens de groei

320 De Wolff 2005, p. 290.

321 Zie De Wolff 2005, par. 4, die opmerkt dat de afgelopen 20 jaar slechts uiterst zelden werd geprocedeerd over nevenarbeid.

322 Bles III, p. 405; zie 't Hart 1977, p. 3.

323 Ktr. Gorinchem 8 februari 1993, Prg. 1994, 4078 (een van de nevenondernemingen van een manager is concurrerend, ontbinding zonder vergoeding); Ktg. Groenlo 27 januari 1997, JAR 1997/217 (vordering overeengekomen boete bij concurrerende nevenactiviteiten gedeeltelijk toegewezen); Ktg. Eindhoven 8 oktober 2001, JAR 2001/206 (combinatie voltijdsbaan met statutair directeurschap niet gemeld, mogelijk concurrerend, voorwaardelijke ontbinding zonder vergoeding); Ktg. Amsterdam 15 januari 2004, JAR 2004/35 (schoonmaker start eigen schoonmaakbedrijf met klanten van werkgever, herroeping ontbindingsbeschikking wegens bedrog).

324 Rb. Leeuwarden 4 december 1913, W 9683 (werknemer maakt op zijn werkplek tijdens werktijd voor eigen rekening meubels, ontslag geldig). Zie hierover 't Hart 1977, p. 6. Voorts Ktr. Amsterdam 5 januari 2006, JAR 2006/214 (ontslag op staande voet geldig wegens tijdens en na werktijd opzetten van concurrerend bedrijf).

325 HR 22 mei 1987, NJ 1988, 40 (*Van Esch/Leijten*, ontslag op staande voet wegens verrichten snoeiwerk bij ex-klant tijdens verlof, ontslag ongeldig ondanks overtreding verbod in cao); Ktg. Rotterdam 10 juli 1996, KG 1996/357 (nevenactiviteiten waren niet rechtstreeks concurrerend, loonvordering na ontslag op staande voet toegewezen maar gematigd tot opzegtermijn).

326 Ktg. Rotterdam 5 november 2003, JAR 2003/288 (*hennep teelt door buurtmeester*); Ktg. Emmen 29 oktober 2000, JAR 2001/4 (*seksshop door onderwijsassistent al jaren getolereerd door werkgever, excessief mailen tijdens werktijd*).

van zijn bedrijf.³²⁷ Ook was er het geval van een journalist die naast zijn baan gemeenteraadslid wilde worden. Zijn vordering werd afgewezen na een belangenafweging, waarin enerzijds rekening werd gehouden met zijn grondrecht het passieve kiesrecht uit te oefenen, en anderzijds met het belang van de krant om niet de schijn van vooringenomenheid te wekken.³²⁸ In het geval van een verzekeringsarts van het UWV die daarnaast als huisarts werkzaam was, was er volgens de rechter onvoldoende sprake van een (schijn van) belangenverstrengeling, zodat een reeds gegeven toestemming niet kon worden ingetrokken.³²⁹

Naast de elementen concurrentie of aard van de arbeid kunnen er gevolgen worden verbonden aan de nevenarbeid als deze kan leiden tot oververmoeidheid van de werknemer. In rechtspraak treft men geregeld aan de opvatting dat nevenactiviteiten niet ten koste mogen gaan van de arbeidsprestatie. Daarbij ging het dan wel vaak om gevallen waarin de werknemer twee voltijds functies combineerde.³³⁰ Ook het niet melden van een nevenfunctie kan in zo'n geval tot een terecht ontslag op staande voet leiden wegens een vertrouwensbreuk.³³¹ Slechts een heel enkele keer wordt de werknemer in een dergelijk geval in het gelijk gesteld.³³² Ten slotte wordt het de werknemer aangerekend als hij verminderd beschikbaar is wegens de nevenarbeid, bijvoorbeeld voor overwerk.³³³

327 Ktr. Utrecht 8 maart 2006, *JAR* 2006/79 (intrekken eerder gegeven toestemming voor nevenwerkzaamheden naar redelijkheid en billijkheid toegestaan, art. 19 lid 3 Gw genoemd). Hoger beroep in dezelfde zaak: Hof Amsterdam 12 juli 2007, *JAR* 2008/9 (het houden van werkgever aan eerdere instemming is naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar).

328 Hof Den Haag 28 september 2010, *LJN* BO0124 (verklaring voor recht afgewezen na belangenafweging).

329 Ktr. Alkmaar 24 maart 2009, *JAR* 2009/149 (nevenwerkzaamheden als huisarts naast werk als verzekeringsarts, eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarde, beroep op *Stoof/Mammoet* kan niet slagen).

330 Zie 't Hart 1977, p. 5; Rb. Amsterdam 11 januari 1932, W 12469: 'het is volkomen redelijk dat men tegenover het toekennen van een behoorlijk salaris bedingt dat de arbeider zijn volle werkkraft en aandacht aan de belangen van de werkgever wijdt. De werkgever die de arbeider een redelijk loon toekent, moet kunnen vertrouwen dat de arbeider deze verplichting, waaromtrent controle zeer moeilijk is, stipt nakomt'. Zie ook Ringeling 1953, p. 267, voorbeeld nr. 29, 17 februari 1947 (verzoek om een ontslagvergunning, werknemer die bij zijn werkgever in de nachtdienst werkte, werkte overdag bij een concurrent, om aan zijn alimentatieverplichtingen te kunnen voldoen; vergunning toegekend ondanks verzachtende omstandigheden omdat werknemer door oververmoeidheid zijn werkkraft niet volledig kon aanwenden); HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 140 (*Kwist/Pro Juventute*, combinatie van twee voltijdsbanen komt pas uit nadat een van de banen is geëindigd, ontslag op staande voet toch geldig); Ktg. Eindhoven 8 oktober 2001, *JAR* 2001/206 (combinatie voltijdsbaan met statutair directeurschap niet gemeld, mogelijk concurrerend, voorwaardelijke ontbinding zonder vergoeding); Ktr. Nijmegen 20 december 2007, *JAR* 2008/46 (combinatie van twee functies, maxima arbeidstijdenwet overschreden, van werknemer kan verwacht worden uren terug te brengen maar niet op zeer korte termijn, loonvordering toegewezen); Ktr. Nijmegen 31 januari 2008, *JAR* 2008/65 (in dezelfde zaak, ontbinding toegewezen).

331 HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 340 (ontslag op staande voet geldig, combineren van twee functies door welzijnswerker niet gemeld ondanks meldingsplicht in cao, ontbreken vertrouwen).

332 Ktg. Rotterdam 8 mei 1992, *JAR* 1992/29 (naast werkweek van 60 tot 70 uur ook nog een niet gemelde nevenfunctie, loonvordering na ontslag op staande voet toegewezen).

333 Ktg. Maastricht 24 juli 1997, *JAR* 1997/180 (weigering overwerk op zaterdag wegens andere baan onredelijk, werknemer moest het zelf oplossen met andere werkgever; voorwaardelijke ontbinding zonder vergoeding na ontslag op staande voet); Ktg. Utrecht 15 januari 1997, *Prg.* 1997, 4715 (verhuizer weigert overwerk op zaterdag wegens marktkraam, weigering wegens privéredenen niet redelijk).

Zonder toestemming elders werken als werk bij de eigen werkgever niet aan de orde is, wordt de werknemer minder aangerekend. Elders werken tijdens ziekte vormde in een geval geen dringende reden voor ontslag op staande voet, omdat de werkgever zelf geen passend werk had aangeboden.³³⁴ Van de werknemer kan wel verwacht worden om eerst arbeid bij de eigen werkgever aan te bieden.³³⁵ Als de werknemer zich ziek heeft gemeld om tijd te hebben voor nevenwerkzaamheden is dat uiteraard zonder meer verwijtbaar.³³⁶

In de literatuur wordt wel gepleit voor een sterkere doorwerking van het grondrecht op vrije arbeidskeuze en het grondrecht op privacy als het gaat om conflicten over nevenarbeid.³³⁷ Dit pleidooi kan geïllustreerd worden met enkele voorbeelden in rechtspraak waarin met die door grondrechten beschermde belangen evident weinig rekening werd gehouden³³⁸ of waarbij aan de waardering voor die belangen kan worden getwijfeld.³³⁹ In de meeste uitspraken worden echter relatief hoge eisen gesteld aan het belang van de werkgever bij het verbieden van nevenarbeid. Uit de jurisprudentie blijkt bijvoorbeeld dat een overeengekomen verbod niet voldoende is.³⁴⁰ Een ontslag op staande voet is bijvoorbeeld niet zonder meer rechtsgeldig vanwege het enkele feit dat een verbod op nevenarbeid in de cao is overtreden.³⁴¹ Als de werkzaamheden niet zeer belastend zijn en ook niet concurrerend, kan een verbod in de cao worden gepasseerd.³⁴² Het belang van de werkgever om nevenarbeid te verbieden wordt derhalve doorgaans inhoudelijk getoetst met inachtneming van de concrete belangen die betrokken zijn bij het geval. Dat lijkt op de belangenafweging die een grondrechtelijke toets zou meebrengen (zie daarover ook hoofdstuk 14).

334 Hof Den Bosch 23 oktober 2007, *JAR* 2008/145. Uit de uitspraak blijkt niet dat de werknemster werd verweten dat zij 'dubbel' loon had ontvangen, namelijk op grond van art. 7:629 BW en van de andere werkgever. Voorts Ktg. Middelburg 7 april 2003, *JAR* 2003/19 (ontslag op staande voet in kort geding niet houdbaar geacht, overspannen leraar verricht snoeiwerkzaamheden tijdens ziekteverzuim).

335 HR 2 april 2004, *JAR* 2004/115 (*Enser/Vreugdehof*, leerling-ziekenverzorgende verricht tijdens ziekte voltijds lichtere werkzaamheden voor uitzendbureau, had arbeid eerst aan werkgever aan moeten bieden).

336 Ktr. Rotterdam 11 maart 2010, *JAR* 2010/116 (ontbinding toegewezen).

337 Wolters 2010.

338 Ktg. Maastricht 24 juli 1997, *JAR* 1997/180 (overwerk op zaterdag geweigerd wegens andere baan, werknemer moest het zelf oplossen met andere werkgever; voorwaardelijke ontbinding zonder vergoeding na ontslag op staande voet); Ktg. Utrecht 15 januari 1997, *Prg.* 1997, 4715 (verhuizer weigert overwerk op zaterdag wegens marktkraam, weigering wegens privéredenen niet redelijk).

339 HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 140 (*Kwist/Pro Juventute*, combinatie van twee voltijdsbanen komt pas uit nadat een van de banen is geëindigd, werknemer functioneerde naar tevredenheid, ontslag op staande voet toch geldig).

340 Of er al dan niet een verbod op het verrichten van nevenarbeid was overeengekomen, lijkt voor de afweging van de rechter niet veel verschil te maken, zo meent ook De Wolff 2005, par. 4.4.

341 HR 11 maart 1988, *NJ* 1988, 508 (*Van Parreren/DNB*, ontslag op staande voet, bewijsaanbod dat omvang nevenactiviteit beperkt was mag niet gepasseerd worden ondanks overtreding verbod in cao); HR 22 mei 1987, *NJ* 1988, 40 (*Van Esch/Leijten*, ontslag op staande voet wegens verrichten snoeiwerk bij ex-klant tijdens verlof, ontslag ongeldig wegens geringe omvang overtreding verbod in cao).

342 Ktr. Haarlem 1 april 2005, *JAR* 2005/124 (lasser begint kapsalon, ondanks verbod in cao ontbindingsverzoek afgewezen).

3.6.5 Aspecten van vakantie

Definitie vakantie

In de wet staat niet vermeld wat onder het begrip vakantie dient te worden verstaan. Blijkens de parlementaire geschiedenis dient hieronder te worden verstaan de vrijstelling van de verplichting tot het verrichten van arbeid.³⁴³ Niet elke dag waarop een werknemer is vrijgesteld van zijn verplichting tot arbeid is echter een vakantie-dag. Dit geldt bijvoorbeeld niet voor roostervrije dagen, zondagen, erkende feestdagen en rooms-katholieke of protestants-christelijke feestdagen waarop plaatselijk vrijaf met behoud van loon wordt gegeven, tenzij die dagen volgens de geldende arbeidsvoorwaarden met snipperdagen zijn gelijkgesteld.³⁴⁴

De Hoge Raad neemt in aanvulling hierop soms aan dat bepaalde dagen waarop de werknemer niet hoeft te werken en recht heeft op doorbetaling van loon, toch geen vakantiedagen zijn in de zin van art. 7:634 e.v. BW. Dit is het geval voor de zogenaamde 'atv'-dagen, vrije dagen die in cao's zijn bedongen, vaak in ruil voor loonmatiging.³⁴⁵ Bepalend voor de rechten en plichten hieromtrent is hetgeen is overeengekomen in de cao. De Hoge Raad achtte in de aangehaalde uitspraak uit 2009 aannemelijk een uitleg van de cao op grond waarvan er geen recht was op betaling van niet opgenomen atv-dagen na het einde van het dienstverband, op grond van de redenering dat het toekennen van een geldelijke vergoeding niet zou passen bij de doelstelling van de atv-regeling, namelijk om extra arbeidsplaatsen te creëren.³⁴⁶

Een ander voorbeeld waarin de Hoge Raad niet bereid was om doorbetaalde vrije dagen aan te merken als vakantie, was de periode van schoolvakantie voor leraren van lagere scholen. Volgens de Hoge Raad waren die dagen zowel voor vakantie bestemd als voor niet-lesgebonden werkzaamheden.³⁴⁷ Het gevolg voor het recht op vakantie is, dat werknemers die in die periode wegens ziekte of zwangerschap niet in staat zijn geweest daadwerkelijk vakantie te genieten, in staat moeten worden gesteld om in een andere periode vakantie te genieten gedurende (in ieder geval) de periode van het wettelijke minimum van art. 7:634 BW.³⁴⁸

³⁴³ *Kamerstukken II* 1962/63, 7 168, nr. 3, p. 7.

³⁴⁴ Zie o.a. *Kamerstukken II* 1965/66, 7 168, nr. 5, p. 2.

³⁴⁵ HR 6 februari 1998, *JAR* 1998/83 (atv-dagen dienen te worden onderscheiden van vakantiedagen en vallen daarom niet onder de wettelijke vakantieregeling); HR 2 oktober 2009, *JAR* 2009/271 (geen recht op geldelijke vergoeding voor niet genoten atv-dagen (roostervrije uren)).

³⁴⁶ Deze bedoeling bleek niet in het bijzonder uit de tekst van de cao. Net zo goed had geoordeeld kunnen worden dat aangezien atv-dagen deel uit maken van een onderhandelingsresultaat, zij geacht mogen worden een zekere waarde te vertegenwoordigen, zodat niet aannemelijk is dat bedoeld is om die waarde tot nihil te reduceren na het einde van het dienstverband als dat niet is opgenomen in de cao.

³⁴⁷ HR 9 augustus 2002, *JAR* 2002/207 en vervolg HR 16 maart 2007, *JAR* 2007/93 (ontbreken compensatieregeling samenvat schoolvakantie en zwangerschaps- en bevallingsverlof; het niet compenseren van niet genoten dagen voor niet-lesgebonden werkzaamheden wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof, mogelijk in strijd met het verbod van discriminatie op grond van geslacht (art. 7:646 BW)).

³⁴⁸ Zie ook HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01 (*Merino Gomez*).

Zeggenschap over vakantie

Zoals besproken in par. 3.5.4 was de werkgever tot de wetswijziging van 2001 bevoegd de vakantie van de werknemer vast te stellen. De bevoegdheid van de werkgever om een verzoek om een vakantiedag op te nemen te weigeren, was echter niet onbegrensd. De Hoge Raad heeft zich in 1984 gebogen over een verzoek van een werknemer om een snipperdag.³⁴⁹ Volgens de Hoge Raad kon in de regel de aanwezigheid op het werk in redelijkheid niet worden verlangd van een werknemer die tijdig, onder opgaaf van redenen, toestemming voor het opnemen van een snipperdag heeft gevraagd voor de viering van een voor hem belangrijke godsdienstige feestdag. Dit kon volgens de Hoge Raad anders zijn indien te verwachten valt dat de gang van zaken in het bedrijf van de werkgever ernstig zal worden geschaad door de afwezigheid van de betrokken werknemer op die dag. Dit arrest kan worden gezien als een voorbeeld van doorwerking van het grondrecht op vrijheid van godsdienst.³⁵⁰ Dit recht weegt in deze uitspraak relatief zwaar, omdat het inbreuk kon maken op de vrijheid die de werkgever destijds had om het opnemen van vakantiedagen tegen te houden. Tevens kan het arrest gezien worden als een erkenning van persoonlijke belangen bij het opnemen van een snipperdag, en van maatschappelijke en individuele belangen bij collectief gevierde feestdagen. De Hoge Raad stelt namelijk, dat voor het weigeren van een snipperdag op een algemeen erkende feestdag, zwaarwichtiger redenen nodig zijn dan voor het weigeren van de in casu gewenste vrije dag, omdat het daarbij gaat om feestdagen die in de Nederlandse samenleving tot algemeen aanvaarde vrije dagen zijn geworden. In enkele uitspraken nadien werd aan het belang van werknemers om een snipperdag op te nemen minder waarde gehecht. Werknemers werden daarin wel zonder meer gehouden aan het vereiste dat toestemming noodzakelijk was voor het opnemen van een snipperdag.³⁵¹

Sinds de wetswijziging van 2001 wordt de vakantie volgens art. 7:638 lid 2 BW in beginsel in overeenstemming met de wensen van de werknemer vastgesteld, behoudens gewichtige redenen. Dit geldt blijkens de aanhef van lid 2 “voor zover in de vaststelling van de vakantie niet is voorzien bij schriftelijke overeenkomst dan wel bij of krachtens collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan of de wet”. In de literatuur en jurisprudentie is omstreden of dit betekent dat in bijvoorbeeld een cao mag worden overeengekomen dat de werkgever de vakantieperiode mag aanwijzen. Verdedigd wordt enerzijds, dat in de cao alleen een vakantieperiode mag worden aangewezen (zoals de bouwvakvakantie).³⁵² Anderzijds wordt ook verdedigd, dat cao-partijen wel het

349 HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350 m.nt. EAA (*Inan/de Venhorst*).

350 Zie ook Verhulp 1999, p. 108. De Hoge Raad gaat verder in de bescherming van tijd voor godsdienstige aangelegenheden dan het EHRM. Zie EHRM 13 april 2006, JAR 2006/192 m.nt. J.H. Gerards (*Kosteski*, ontslag wegens verzuim op moslimfeestdag, werknemer heeft onvoldoende bewezen dat hij moslim was, art. 9 niet geschonden).

351 Rb. Amsterdam 24 juni 1998, JAR 1998/148 (snipperdag wegens voorbereidingen komend huwelijk geweigerd, ontslag op staande voet terecht); Ktr. Maastricht 3 april 2002, JAR 2002/192 (geen toestemming voor opnemen verlofdag, ontslag op staande voet terecht ook wegens eerdere waarschuwingen).

352 Zie bv. Ktr. Alkmaar 15 maart 2006, L/JN AX3985; Loonstra 2001.

recht hebben om de werkgever de aanwijzingsbevoegdheid te geven.³⁵³ Het gebruik van deze bevoegdheid kan vervolgens wel getoetst worden aan de redelijkheid en billijkheid.³⁵⁴ Volgens een uitspraak uit 1989 kan het gevolg van het niet opnemen van aangewezen vakantiedagen zijn, dat deze vervallen.³⁵⁵

Als een aanwijzingsbevoegdheid niet in de arbeidsovereenkomst of cao is opgenomen, behoudt de werknemer de zeggenschap over het opnemen van vakantiedagen, zodat hij er bijvoorbeeld voor kan kiezen om ze helemaal niet op te nemen.³⁵⁶ Dat kan in strijd komen met de 'recuperatiefunctie' van vakantie, maar de wetgever heeft het aan de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer willen laten om jaarlijks vakantie op te nemen.³⁵⁷ Het Hof van Justitie is van mening dat de mogelijkheid vakantiedagen te sparen niet in strijd is met het doel van de Richtlijn, te weten het de werknemer in de gelegenheid stellen te recupereren. Volgens het Hof kan ook het later opnemen van opgespaarde vakantiedagen bijdragen aan de veiligheid en de gezondheid van de werknemers.³⁵⁸ De eigen verantwoordelijkheid van de werknemer wordt in sommige uitspraken naar nationaal recht wel getoetst aan eisen van redelijkheid en billijkheid. Dat leverde echter tot nog toe geen verplichting op om op aanwijzing van de werkgever vakantiedagen op te nemen gedurende het dienstverband.³⁵⁹

Als een vakantieperiode wel rechtsgeldig is aangewezen, kan het voorkomen dat de werknemer niet in de gelegenheid is om de vakantie daadwerkelijk op te nemen, bijvoorbeeld wegens ziekte of zwangerschapsverlof. Volgens het Hof van Justitie moet de werknemer dan alsnog in de gelegenheid worden gesteld om in ieder

353 Ktr. Rotterdam 20 februari 2007, *LJN* BA0274; Ktr. Utrecht, 16 december 2009, *LJN* BK8474; *JAR* 2010/32. Zie Van Heusden 2008.

354 Ktr. Utrecht 16 december 2009, *LJN* BK8474, *JAR* 2010/32. Omdat het maar om twee verplichte dagen per werknemer per jaar ging, was de aanwijzing redelijk.

355 Rb. Den Haag 12 april 1989, *Prg.* 1989, 3084. Deze uitkomst is mijns inziens onjuist, want in strijd met art. 7:642 BW.

356 Ktr. Rotterdam 20 februari 2007, *LJN* BA0274 (geen aanleiding om af te wijken van zeggenschapsregeling in de wet); Ktr. 's-Hertogenbosch 30 juni 2009, *LJN* BJ3050, *JAR* 2009/208 (stuwmeer aan vakantiedagen, werkneemster mag verlof op door haar gewenst moment opnemen); Ktr. Sittard-Geleen 9 september 2009, *LJN* BJ7803 (werkgever mag periode van winkelsluiting niet eenzijdig aanmerken als vakantieverlof); Ktr. Amsterdam 19 november 2009, *LJN* BK6193 (ook indien een werknemer op non-actief is gesteld kan hij in beginsel niet verplicht worden tegen zijn zin vakantie op te nemen); Ktr. Utrecht 12 mei 2010, *JIN* 2010/488 (een werkgever die eenzijdig bepaalt dat een werknemer de hem toekomende vakantiedagen moet opnemen, handelt in strijd met het wettelijk systeem).

357 *Kamerstukken II* 1999/00, 2 7079, nr. 3, p. 11.

358 HvJ EG 6 april 2006, C-124/0; *JAR* 2006/102 (*FNV*), r.o. 31.

359 Ktr. Rotterdam 20 februari 2007, *NJF* 2007, 150 (weigeren vakantiedagen op te nemen op aanwijzing werkgever kan in strijd zijn met goed werknemerschap of in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar); Ktr. Haarlem 30 juli 2008, *LJN* BD9363 (bewijslast genoten vakantiedagen rust op werkgever; in dit geval is uitbetaling resterende vakantie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, nu werknemer bijna een jaar lang met behoud van loon non-actief is geweest en bovendien elders heeft gewerkt, zonder daarvan de werkgever in kennis te stellen).

geval de minimumvakantie op grond van art. 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn op te nemen.³⁶⁰

Zwaarwichtige redenen voor weigering van vakantie

De zeggenschap van de werknemer over het opnemen van vakantiedagen kan tot roosterproblemen leiden als het verlof op een ongelegen moment wordt opgenomen. De wet geeft de werkgever daar een zekere bescherming tegen. In art. 7:634 lid 2 BW is bepaald dat een door de werknemer gewenste vakantie niet hoeft te worden toegekend als zwaarwichtige redenen zich daartegen verzetten. Van gewichtige redenen, als bedoeld in art. 7:638 lid 2 BW, is volgens de toelichting van de wetgever sprake wanneer het inwilligen van een verzoek om vakantie tot ernstige verstoring van de bedrijfsvoering leidt.³⁶¹ De gevolgen van de verstoring van de bedrijfsvoering zullen steeds moeten worden afgewogen tegen de gevolgen die het niet inwilligen van het verzoek om vakantie voor de werknemer heeft. Pas als het belang van de werkgever om het verzoek om vakantie af te wijzen zo zwaar weegt dat het belang van de werknemer daarvoor redelijkerwijs moet wijken, is sprake van een gewichtige reden. Als voorbeelden van gewichtige redenen worden in de parlementaire geschiedenis genoemd: de situatie dat meerdere werknemers van een seizoensbedrijf hun vakantie willen opnemen in de seizoenpiek en de situatie dat een klein bedrijf zou moeten sluiten omdat niet in vervanging kan worden voorzien.³⁶² Als voorbeelden van belangen van werknemers worden genoemd het vakantie hebben tijdens de schoolvakanties of wanneer er geen kinderopvang is.³⁶³ De rechtspraak geeft vooralsnog geen voorbeelden van een beroep op deze uitzondering.

De werkgever hoeft alleen met het opnemen van vakantiedagen in te stemmen indien de werknemer een toereikend vakantiedagentegoed heeft.³⁶⁴ Het kan ook voorkomen dat de werknemer bij het einde van het dienstverband meer vakantiedagen heeft genoten, dan hem op grond van wet en overeenkomst toekwam. Te veel opgenomen vakantie mag volgens enkele uitspraken niet worden teruggevorderd van de werknemer, tenzij de werkgever dit recht heeft voorbehouden bij de instemming met het opnemen van vakantie.³⁶⁵

Tussentijdse afkoop van vakantie

Op grond van art. 7:634 BW heeft een werknemer per jaar recht op ten minste vier weken vakantie. Op grond van art. 7:640 lid 2 BW kan hij vakantiedagen die dit

360 HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01 (*Merino Gomez*); HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 en C-520/06 (*Schultz-Hoff*); HvJ EG 10 september 2009, C-277/08 (*Vicente Pereda*).

361 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 079, nr. 5, p. 10.

362 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 079, nr. 5, p. 10.

363 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 079, nr. 5, p. 11.

364 HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 954.

365 Ktr. Amsterdam 24 februari 1995, *LJN* AI 9155; Ktr. Brielle 24 februari 1998, Prg. 1998, 4948 (het aan het einde van de arbeidsovereenkomst verrekenen van te veel opgenomen vakantiedagen is in strijd met de redelijkheid en billijkheid); Ktr. Haarlem 4 maart 2010, *LJN* BL5607. Zie ook Ktr. Zaandam 31 maart 1994, *JAR* 1995/318 (werknemer is aan werkgever geen vergoeding verschuldigd indien hij verplicht is gedurende een bedrijfssluiting vakantiedagen op te nemen en zijn vakantietegoed niet toereikend is om deze vakantiedagen op te nemen).

minimum te boven gaan, laten afkopen. De wetgever achtte het mogelijk vakantie-dagen af te kopen die zijn gespaard in voorgaande jaren, ongeacht of zij in het ontstaansjaar tot het minimum behoorden.³⁶⁶ De FNV achtte dit in strijd met de Arbeidstijdenrichtlijn en spande een procedure aan tegen de Staat. Art. 7 lid 2 van Richtlijn 2003/88/EG bepaalt namelijk dat de minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon – welke periode op grond van lid 1 ten minste vier weken bedraagt – niet door een financiële vergoeding kan worden vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband. Het Hof van Justitie overwoog dat deze bepaling beoogt een betere bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werknemers te waarborgen. De mogelijkheid van een financiële vergoeding voor de overgedragen jaarlijkse minimumvakantie was volgens het Hof een met dit doel onverenigbare prikkel om afstand te doen van vakantierust of om werknemers ertoe te brengen daarvan afstand te doen.³⁶⁷

Uitkering en verjaring van vakantietegoeden

De hoofdregel inzake de zeggenschap over vakantie brengt mee dat bij het ontbreken van een aanwijzingsbevoegdheid of van het gebruik daarvan, spaartegoeden aan verlof kunnen ontstaan. Door werkgevers wordt dit wel als hinderlijk ervaren, bijvoorbeeld omdat dan bij het einde van het dienstverband een aanzienlijk tegoed moet worden uitgekeerd op grond van art. 7:641 BW. In individuele arbeidsovereenkomsten en cao's komen wel bepalingen voor om het ontstaan van de zogeheten 'verlofstuwmeren' tegen te gaan. Dergelijke bedingen, waarin bijvoorbeeld staat dat de door de werknemer opgebouwde vakantiedagen komen te vervallen als deze vakantiedagen niet worden opgenomen voor het einde van het jaar waarin zij zijn opgebouwd, worden ook wel aangeduid als 'anti-oppotbeding'.³⁶⁸ Een dergelijke bepaling staat op gespannen voet met art. 7:642 BW. Volgens dit artikel verjaart een rechtsvordering tot toekenning van vakantie door verloop van vijf jaren na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is ontstaan. In principe verjaren de oudste rechten het eerst.³⁶⁹ De verjaring kan worden gestuit.³⁷⁰

Art. 7:642 BW is volgens art. 7:645 BW dwingend recht. Het Hof Amsterdam achtte een anti-oppotbeding desalniettemin geldig.³⁷¹ In 2004 werd een geschil over een anti-oppotbeding door dit Hof opgelost zonder dat partijen of de rechter aan art. 7:642 BW refereerden.³⁷² In 2010 oordeelde het hof iets genuanceerder.³⁷³ Het Hof zoekt in deze uitspraak de grondslag van het niet toepassen van het anti-oppotbeding niet in nietigheid wegens strijd met art. 7:642 BW, maar, zakelijk gesteld, in het feit dat het in strijd met de redelijkheid kan zijn om een beroep te doen op het anti-oppotbeding, in casu omdat de werkgever er onvoldoende op had

³⁶⁶ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 079, nr. 3, p. 6.

³⁶⁷ HvJ EG 6 april 2006, C-124/0; *JAR* 2006/102 (*FNV/Nederland*).

³⁶⁸ Van Heusden 2008; Perera 2006.

³⁶⁹ HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 954.

³⁷⁰ Zie bv. HR 4 juni 2004, *JAR* 2004/167 (aan de stuitingshandeling worden geen hoge eisen gesteld, voldoende kan zijn een verzoek resterende vakantiedagen uit te betalen).

³⁷¹ Hof Amsterdam 17 november 1994, *NJ* 1995, 688.

³⁷² Hof Amsterdam 11 maart 2004, *JAR* 2004/167.

³⁷³ Hof Amsterdam 17 augustus 2010, *LJN* BN 4215.

toe gezien dat de werknemer voldoende vakantie opnam. Uit de uitspraken blijkt, dat het Hof Amsterdam veel gewicht toekent aan de recuperatiefunctie van vakantie, en het met het oog daarop redelijk acht de werknemer te verplichten voldoende vakantiedagen op te nemen.

In het algemeen wordt echter aangenomen dat anti-oppotbedingen zoals hierboven omschreven in strijd zijn met dwingend recht en dus vernietigbaar.³⁷⁴ De sanctie op het niet voldoen aan een bevoegd gegeven aanwijzing tot het opnemen van vakantiedagen kan daarom ook niet gelegen zijn in het verval van vakantiedagen. De sanctie zou eventueel wel gelegen kunnen zijn in andere gevolgen, bijvoorbeeld een beperking in het gebruik maken van het à la carte-systeem in de cao. Ook is wel aangenomen dat de vakantiedagen weliswaar niet verjaren, maar dat de werknemer ze alleen nog kan afkopen en niet meer kan opnemen.³⁷⁵ Bij het uitvoeren geven aan een anti-oppotbeding, ligt het voor de hand de volgens het beding vervallen vakantiedagen te laten verdwijnen uit de vakantie-administratie. Het uitgangspunt van de wet is echter dat de werkgever de administratie bijhoudt van de genoten en nog openstaande vakantiedagen. De werkgever dient desverlangd de werknemer inzage in die administratie te geven.³⁷⁶ De bewijslast voor het tegood aan vakantiedagen wordt afgestemd op deze verplichting, al kan de werkgever het ontbreken van tegood ook bewijzen met andere gegevens dan die uit zijn administratie blijken.³⁷⁷

Vakantiegeld inbegrepen in maandloon?

Naast zorg om het welzijn van de werknemer of om toekomstige roosterproblemen, kan de werkgever bezwaar maken tegen oplopende verloftegoeden omdat daardoor een bedrag, benodigd voor de uitbetaling van de vakantiedagen, moet worden gereserveerd op de balans, terwijl dit bedrag bovendien met de stijging van het loon meestijgt. Vakantiedagen worden namelijk uitbetaald naar het loon op het moment van opnemen.³⁷⁸ Dit gevolg zou beperkt kunnen worden door overeen te komen dat in het maandloon het salaris voor de vakantiedagen begrepen moet worden geacht. In een casus waarin dit werd bepleit, was een jaarloon en een aantal jaarlijks te werken uren overeengekomen. De vraag was of de werknemer daarnaast nog recht op doorbetaalde vakantie had. Gesteld werd dat dit niet zo was, aangezien in het loon de vakantie al was verdisconteerd. Deze constructie is in rechte aanvaard.³⁷⁹ Het Hof van Justitie heeft nadien echter uitgesproken dat art. 7 van Richtlijn 2003/88/EG

374 Zie o.a. Rb. Den Haag 12 april 1989, Prg. 1989, 3084; Ktr. Heerlen 19 mei 1995, JAR 1995/142; Ktr. Leeuwarden 18 oktober 2005, Prg. 2005, 202; Ktr. Haarlem 23 november 2005, RAR 2006/21.

375 Zie Ktr. Leeuwarden 18 oktober 2005, Prg. 2005, 202.

376 HR 21 juni 1991, NJ 1991, 743.

377 HR 12 september 2003, JAR 2003/243; vgl. Ktr. Leeuwarden 28 juni 2007, LJN BA8410 (indien de werkgever het door de werknemer gestelde tegood aan vakantiedagen niet voldoende gemotiveerd kan betwisten, kan van het door de werknemer gestelde tegood aan vakantiedagen worden uitgegaan).

378 HR 18 december 1953, NJ 1954, 242 en HR 12 oktober 2001, NJ 2001, 635 (onder loon in de zin van (thans) art. 7:639 BW dient te worden verstaan de vergoeding die de werkgever aan de werknemer verschuldigd is ter zake van de bedongen arbeid).

379 HR 8 juli 2005, JAR 2005/189 (vordering in eerste aanleg en hoger beroep afgewezen, cassatieberoep afgewezen op grond van art. 81 RO). Anders Ktr. Den Haag 17 maart 1999, JAR 2000/4 (loon inclusief een vergoeding voor vakantiedagen is in strijd met wet).

zich ertegen verzet dat een deel van het aan de werknemer voor verrichte arbeid betaalde loon de betaling van vakantieloon vertegenwoordigt, zonder dat de werknemer voor de jaarlijkse vakantie een betaling ontvangt bovenop die voor verrichte arbeid.³⁸⁰ Hetzelfde geldt voor de betaling van het vakantieloon als onderdeel van het maandloon. Een dergelijke uitbetaling van het vakantieloon zou volgens het Hof van Justitie kunnen leiden tot situaties waarin de minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon wordt vervangen door een financiële vergoeding. Dit zou, met andere woorden, werken als een belemmering voor het daadwerkelijk opnemen van vakantie. De Richtlijn verzet zich er volgens het Hof echter in beginsel niet tegen dat bedragen die op transparante en begrijpelijke wijze als loon voor de jaarlijkse minimumvakantie in de vorm van uitkeringen in gedeelten verspreid over het betrokken jaar, worden uitbetaald samen met het loon voor verrichte arbeid. In dat geval mogen die bedragen worden gerekend tot het loon voor een bepaalde vakantie die de werknemer daadwerkelijk opneemt. Nadien is in de rechtspraak naar nationaal recht aanvaard dat een salaris inclusief vakantieloon rechtsgeldig kan zijn indien deze wijze van uitbetaling van het vakantieloon geen reële belemmering vormt voor het daadwerkelijk genieten van vakantie.³⁸¹

3.7 Conclusie hoofdstuk 3

De periode vanaf het einde van de negentiende eeuw tot halverwege de twintigste eeuw kenmerkte zich vooral door een strijd om arbeidstijdverkorting. Die strijd verliep aanvankelijk via de wetgever, die daarvoor de Arbeidswet 1889 en 1919 opstelde. Nadien was de strijd om arbeidstijden lange tijd voornamelijk een zaak van de sociale partners. De wetgever beperkte zich als het ware tot de 'codificatie' van hetgeen voor velen bestendige praktijk was geworden, zoals het recht op vakantie en vakantietoelage. In de arbeidstijdenwet- en regelgeving tot halverwege jaren tachtig stond de collectieve ordening voorop. Het recht bood dwingendrechtelijke bescherming die voor grote groepen werknemers dezelfde relatief rigide arbeidstijden opleverde. Door de rigide regels werden werknemers enerzijds beschermd tegen de druk van de werkgever om akkoord te gaan met langere werktijden en minder verlof. Anderzijds maakte het de aanpassing aan individuele omstandigheden en wensen lastig. Voor werknemers met zorgtaken waren wel een aantal extra beschermingsregels opgenomen, zij het dat die uitsluitend gericht waren op vrouwen. In cao's was individuele variatie mogelijk door het verlenen van verlofrechten voor allerlei bijzondere omstandigheden. Rechten op zorgverlof in cao's kwamen echter zelden voor. Overigens was de rigiditeit voor werkgevers relatief. Binnen de maximaal toegestane arbeidstijden hadden zij ruime zeggenschap over arbeidstijdpatronen, overwerk en vakantie. Die zeggenschap werd hen in de rechtspraak zelden

380 HvJ EG 16 maart 2006, *JAR* 2006/84; zie ook Hof Den Haag 3 maart 2005, *JAR* 2005/83 m.nt. Verhulp.

381 Ktr. Haarlem 13 maart 2009, *JAR* 2009/104; hoger beroep Hof Amsterdam 27 oktober 2009, *JAR* 2009/284 (uurloon inclusief vakantieloon in casu acceptabel omdat een aaneengesloten vakantie van drie weken slechts een waarde vertegenwoordigt van circa € 91, zodat moeilijk valt in te zien dat uitbetaling van dit bedrag voorafgaand aan het daadwerkelijk opnemen van vakantiedagen enige reële invloed heeft op de mogelijkheid effectief vakantie te genieten).

ontzegd, zij het dat zij zich wel moesten houden aan afspraken over arbeidstijdpatronen.

Vanaf begin jaren zeventig ontstond een toenemende behoefte aan flexibilisering van de arbeidstijden. Die behoefte bestond zowel bij werkgevers als bij werknemers. Werkgevers wilden efficiënter gebruik maken van de tijd en zij wilden werknemers daartoe flexibeler kunnen inzetten. Werknemers wilden hun arbeidstijd op andere wijze combineren met tijd voor belangen buiten de arbeid. In tijden van verminderde werkgelegenheid waren vakbonden daarnaast bereid om tot een andere arbeidsverdeling te komen, zodat meer mensen aan het werk konden. Bepaalde beschermende bepalingen in de Arbeidswet 1919, bijvoorbeeld de beschermende bepalingen voor vrouwen, waren voorts een blok aan het been geworden van werknemers en werkgevers. Na 1985 ging de wetgever in op deze wensen, en ontstond een verandering in zowel het rigide karakter van de arbeidstijdenwet- en regelgeving, als de bijzondere bescherming van vrouwen.

De rigide wet- en regelgeving werd vervangen door regels waarin meer ruimte moest komen voor individualisering, flexibilisering en maatwerk. In de nieuwe Arbeidstijdenwet en in collectieve onderhandelingen ontstond in de jaren negentig een tendens naar individuele variatie gericht op het verruimen van beschikbaarheid van werknemers, in aantal uren en voor wat betreft de flexibele spreiding over de week. In het kader hiervan werd in de jaren negentig een visie op overheidsingrijpen geïntroduceerd waarin dwingendrechtelijke werknemersbescherming beperkt moest worden tot een minimum. Achtergrond van die visie was het respect voor onderhandelingsvrijheid van sociale partners, maar ook de veronderstelling dat meer flexibiliteit zou bijdragen aan de winstgevendheid van bedrijven. Een objectieve maatstaf voor wat tot de minimale bescherming 'behoort', bestaat uiteraard niet. Wel biedt het internationale recht regels waar in ieder geval aan moet worden voldaan. Voor de bepaling van het noodzakelijke minimum oriënteerde de wetgever zich in voorkomende gevallen dan ook op deze minima. Aangezien de bestaande wet- en regelgeving op onderdelen tot dan toe verder ging dan de verplichtingen naar internationaal recht, leidde deze nieuwe visie tot het naar beneden toe bijstellen van de dwingendrechtelijke bescherming, gecombineerd met toegenomen onderhandelingsruimte voor 'bovenwettelijke' afspraken.

De toegenomen onderhandelingsruimte op het gebied van arbeidstijden werd in veel gevallen gebruikt voor verruiming en flexibilisering van arbeidstijden van werknemers ten gunste van werkgevers. De flexibilisering van arbeidstijdpatronen is ook goed waar te nemen in jurisprudentie. De verplichting om op andere dan de overeengekomen tijden te werken was altijd al aanwezig als het ging om incidentele aanpassing van arbeidstijden, zoals de verplichting overwerk te verrichten of in te vallen. Vanaf de jaren negentig deden werkgevers in toenemende mate voorstellen tot structurele flexibilisering van arbeidstijdpatronen. Rechters oordeelden meestal dat werknemers in redelijkheid verplicht waren die voorstellen te aanvaarden.

Het resultaat hiervan kan worden aangeduid als een toenemende beschikbaarheidsdrang. Deze ontwikkeling viel in sommige sectoren samen met de toename van verloftegoeden onder werknemers, waar de werkgever ook volgens de rechter doorgaans weinig invloed op kon uitoefenen. Werkgevers die deze spaartegoeden als een belasting ervaren, worden tegemoet gekomen door de wetgever in een recent wetsvoorstel, waarin niet tijdig opgenomen wettelijke vakantiedagen komen te vervallen.

Wie meer werkt verdient meestal ook meer. Daarom kan niet gezegd worden dat de toegenomen beschikbaarheidsdrang per se nadelig was voor alle werknemers. Het was echter niet voordelig voor werknemers die aan de beschikbaarheidsdrang geen gehoor wilden of konden geven, zoals werknemers met zorgtaken. De tendens tot verruiming van de beschikbaarheid van werknemers ging echter gepaard met een trend in hetzelfde decennium, volgens welke het arbeidstijdenrecht moest worden aangepast aan het gegeven dat steeds meer (vrouwelijke) werknemers met zorgverantwoordelijkheden de arbeidsmarkt betraden.³⁸² De bescherming van zorgtaken was aanvankelijk gesneuveld tijdens de eerste moderniseringsslag in het publieke arbeidstijdenrecht. Tijdens de tweede moderniseringsslag kwam de bescherming van zorgtaken echter weer terug in het civiele arbeidsrecht, voornamelijk middels het door mij als responsief aangemerkte arbeidstijden- en verlofrecht. Bij de introductie van een nieuwe afstemming tussen werk en privé liepen ontwikkelingen in cao's ditmaal niet voorop. In plaats daarvan waren internationale normen inzake verlofrechten belangrijke stimulansen voor de Nederlandse wetgever om wet- en regelgeving aan te passen aan de nieuwe samenstelling van het arbeidsaanbod. Deze trend zorgde voor meer maatwerkmogelijkheden op het gebied van arbeidstijden ten gunste van werknemers. Het is deze wetgeving die in de beleving van sommigen leidde tot de 'privétiseringsrevolutie' in het arbeidsrecht (zie hoofdstuk 1).

Relatief nieuw was derhalve de mogelijkheid tot 'individuele variatie' die in het nieuwe arbeidstijden- en verlofrecht besloten lag. Dit nieuwe element in het arbeidstijdenrecht biedt een verklaring voor het feit, dat de introductie van het responsieve arbeidstijdenrecht benoemd werd als privétisering van het arbeidsrecht. De behoefte aan individuele variatie van arbeidstijden wordt kennelijk 'privé' genoemd, terwijl de collectieve begrenzing van arbeidstijden niet (meer) met bescherming van privékwesties in verband werd gebracht. Een verklaring daarvoor biedt wellicht de in hoofdstuk 1 omschreven tweede betekenis die wordt toegekend aan het begrip privéomstandigheden, namelijk de omstandigheden waardoor iemand afwijkt van wat 'normaal' is. Omdat elke werknemer behoefte aan recuperatie en ontspanning heeft, wordt dit niet aangeduid als privébehoefte, hoewel deze behoeftes wel geassocieerd kunnen worden met het lichaam en de woning. Het is immers vanzelfsprekend dat elke werknemer tijd moet overhouden voor deze behoeftes. De collectieve arbeidstijdenbescherming was voldoende voor de 'gewone' werknemer en daarom geen privékwestie. Hetzelfde kan gezegd worden van het recht op vakantie. Dit recht is voor alle werknemers gelijk naar

³⁸² Zie over de spanning tussen deze twee trends ook Wilthagen en Grünell 1999, die het benoemen als een 'interventieparadox'.

rato van de omvang van de arbeidsduur. Dit ligt anders voor wetgeving waarin tegemoet wordt gekomen aan bijzondere behoeftes die niet bij elke werknemer aanwezig zijn. Die behoeftes kunnen privé genoemd worden, en van de betreffende wetgeving kan gezegd worden dat de werkgever daarmee verantwoordelijk werd voor privékwesies.

Een opvallende conclusie die getrokken kan worden uit dit historische overzicht is echter dat ook de oudste bijzondere arbeidstijden- en verlofrechten een bijzondere behoefte op het oog hadden. Zij zagen namelijk op de bescherming van de vrouw als moeder, zoals het arbeidsverbod bij zwangerschap en bevalling en het zoogverlof. Deze bescherming diende niet alleen de persoonlijke belangen van de betrokken moeders, maar ook (of volgens sommigen, met name) een algemeen belang, namelijk het welzijn van het gezin en de gezondheid van zuigelingen. Gezinstaken golden eind negentiende eeuw niet minder dan eind twintigste eeuw als taken die in de privé sfeer thuis hoorden. Desalniettemin had de wetgever ook toen al aanleiding gezien om zich daarin te mengen met het oog op de veiligheid en het welzijn van moeders en kinderen.

Het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht van eind twintigste eeuw was hoofdzakelijk ingevoerd om een soortgelijke reden, namelijk de bescherming van werknemers met zorgtaken. Principieel gezien was er zo gezien weinig verschil. Alleen de nieuwe regelgeving wordt echter als 'privétisering' aangeduid. Welk verschil was er dan tussen deze oude bijzondere verlofrechten en de nieuwe rechten? Lag het verschil wellicht in de belasting die het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht meebracht voor de werkgever? Heeft de werkgever historisch gezien vanaf begin jaren negentig wellicht meer last gekregen van de keuze die werknemers maken voor de wijze waarop zij arbeid en zorgtaken willen verdelen of combineren? In het volgende hoofdstuk wordt in kaart gebracht, op welke wijze de wetgever zich heeft 'bemoeid' met de keuzes die werknemers maken voor de wijze waarop zij arbeid en zorgtaken willen verdelen, en welke gevolgen die bemoeienis voor werknemers en werkgevers had.

4

Verdeling van arbeid en zorg

4.1 Arbeid- en zorgverdeling in gezin en maatschappij

4.1.1 Inleiding

De verdeling van betaalde arbeid en zorg over gezinsleden en derden kan bestaan uit verschillende ‘verdeelmodellen’: de man werkt, de vrouw zorgt, beiden werken en zorgen, of beiden werken en besteden de zorg uit aan derden. De keuze voor één van deze verdeelmodellen kan worden aangemerkt als privé, in de zin dat deze keuze doorgaans wordt gemaakt in de privésfeer, door mensen die onderling affectieve relaties hebben. Ook al kunnen bepaalde verplichtingen of keuzes als privé worden aangemerkt, toch heeft de wetgever regelmatig gevolgen verbonden aan deze verplichtingen of keuzes. Sommige werden gefaciliteerd, andere ontmoedigd. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal, welke ontwikkeling zich heeft voorgedaan in de wijze waarop de wetgever zich heeft ingelaten met de keuze van burgers voor een bepaald verdeelmodel voor arbeid en zorg.

Net als het hoofdstuk over arbeidstijden, begint dit hoofdstuk met een overzicht van de arbeid- en zorgverdeling in historisch-sociologisch perspectief. Daarmee wordt wederom getracht voor de hedendaagse lezer inzichtelijk te maken, dat de alternatieven op het vlak van arbeid- en zorgverdeling, historisch gezien aan verandering onderhevig waren. Ook deze veranderingen hebben te maken met culturele, economische en technologische ontwikkelingen, en ook in dit geval heeft de wetgever invloed uitgeoefend op de arbeid- en zorgverdeling binnen gezinnen.

In het vervolg van het hoofdstuk worden de keuzes van de wetgever toegelicht. Daarvoor wordt de arbeid en zorgverdeling in een iets breder perspectief gezet dan dat van de arbeidstijden- en verlofregels. Het traditionele kostwinnersmodel, waarbij de man buitenshuis werkte en de vrouw de zorgtaken voor haar rekening nam, was vanaf begin vorige eeuw maatschappelijk gezien dominant. De vraag die in par. 4.2.1 wordt belicht, is in hoeverre het kostwinnersmodel verankerd was in het arbeidsrecht, en hoe die verankering zich nadien heeft ontwikkeld. Bijzondere aandacht wordt daarbij besteed aan de positie van de werknemer met zorgtaken in de wet- en regelgeving tot begin jaren negentig. Daarbij worden verschillende alternatieven voor die werknemer belicht: arbeidstijden en verlof voor de werknemer in een ‘gewone’ arbeidsrelatie, maar ook flexibele arbeid en kinderopvang.

Vanaf begin jaren negentig is de dominantie van het kostwinnersmodel steeds meer afgenomen ten gunste van het anderhalfverdienersmodel. De keuzes van de wetgever in die ontwikkeling zijn deels al behandeld in het hoofdstuk over arbeidstijd, omdat de wetgever gedurende de afkalving van het kostwinnersmodel juist op dat vlak heeft ingegrepen. In dit hoofdstuk zal meer dan in het vorige, aandacht worden besteed aan de ontwikkeling van de beleidskeuzes van de wetgever, de rechtvaardiging en de implementatie ervan in wet- en regelgeving (par. 4.4). Voorts wordt in par. 4.5 in meer detail ingegaan op de positie van de werknemer met zorgtaken. Ook hier wordt weer bekeken wat de positie van die werknemer was op het vlak van arbeidstijden en verlof in de 'gewone' arbeidsrelatie. Daarnaast worden de alternatieven flexibele arbeid en kinderopvang kort belicht. Ten slotte wordt aandacht besteed aan jurisprudentie over verlof en aanpassing van de arbeidsduur in de reguliere arbeidsrelatie.

4.1.2 *Arbeid- en zorgverdeling in historisch-sociologisch perspectief*

De ontwikkeling van een scheiding tussen werksfeer en privésfeer zoals beschreven in par. 3.1.2, bracht ook veranderingen met zich mee voor de verdeling van arbeid en zorg tussen gezinsleden. In de pre-kapitalistische samenleving was er geen strikte scheiding tussen arbeidstaken en zorgtaken. Nog in de zeventiende en achttiende eeuw werkten zowel mannen als vrouwen veelal in en om het huis. Een verdeling van taken naar geslacht was wel aanwezig, waarbij bijvoorbeeld het schoonhouden van het huis, de verzorging van het vee, kinderen en zieken en het bereiden van voedsel als een typisch vrouwelijke taak werd gezien.¹ Naar huidige begrippen combineerden deze vrouwen die zorg echter met arbeid. Zij spaarden geld uit door bijvoorbeeld zelf gebruiksvoorwerpen te produceren of verdienden geld door bijvoorbeeld handel te drijven.² De meeste ondernemingen waren gezinsbedrijven die niet konden bestaan zonder de arbeidskracht of het zakelijk inzicht van de vrouw des huizes.³ Tussen de bedrijven door pasten ze op de kinderen, die als ze klein waren zoveel mogelijk in hun bewegingsvrijheid beperkt werden door ze te bakken, in de kinderstoel of aan een haak vast te zetten. Vanaf hun zevende jaar werden kinderen al in staat geacht mee te werken.⁴ Moeders die buitenshuis werkten lieten de oppas voor zuigelingen en peuters vaak over aan al wat oudere kinderen, meestal dochters.⁵ Voor kleine kinderen waren er soms zogenaamde 'matressenschooltjes', veelal de huiskamer van een vrouw die tegen betaling op een stuk of wat kinderen paste gedurende de tijd dat hun ouders werkten.

Voor de gegoede kringen in Nederland kwam verandering in de verdeling van arbeid en zorg ten tijde van de opkomst van het handelskapitalisme, in de 16^e en 17^e eeuw.

1 Zie Dresen-Coenders 1988, p. 66-74 en Damsma 1993, p. 17: vanaf de vijftiende eeuw verschenen spotprenten over 'Jan en Grietje' waarin de grap eruit bestond dat die rollen omgedraaid waren.

2 Damsma 1993, p. 18-20 en p. 58.

3 Damsma 1993, p. 23. Zie Dresen-Coenders 1988, p. 77: tot de veertiende eeuw waren de beroepsmogelijkheden voor vrouwen blijkens gegevens van de belastinglijst in Frankrijk vrij ruim, daarna namen de mogelijkheden af.

4 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 39. Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op dit werk.

5 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 125.

In die kringen ontstond een arbeidsdeling waarbij vrouwen zich in de private sfeer van het woonhuis terugtrokken, en zich zo min mogelijk begaven in het publieke domein van openbare weg of markt. De scheiding tussen publieke sfeer en private sfeer die geleidelijk zou ontstaan was daarmee niet alleen een scheiding van verschillende bezigheden, maar ook van de seksen.⁶ De man des huizes zorgde voor inkomen en zocht daarnaast zijn vertier buitenshuis.⁷ De vrouw des huizes was verantwoordelijk voor de zorgtaken binnenshuis. In de gegoede kringen verrichtte zij deze overigens niet zelf. Het huishoudelijke werk, het bezig houden en onderwijzen van de kinderen en zelfs het zogen van pasgeborenen werd zoveel mogelijk uitbesteed aan huishoudelijk personeel, gouvernantes en kindermeiden. De vrouw des huizes was dus veelal vrijgesteld van deze werkzaamheden.⁸ Sommige kritische geesten, zoals Betje Wolff, keurden het gebrek aan bemoeienis van de moeder af en pleitten ervoor dat zij de opvoeding niet zou overlaten aan vrouwen uit lagere standen. De vrouwen in de gegoede burgerij zelf hielden zich vanaf de negentiende eeuw ook vaak bezig met liefdadigheidsverenigingen – dit was een begin van (hernieuwde) maatschappelijke participatie.⁹ Nog tot halverwege de twintigste eeuw werd huishoudelijk werk in deze kringen veelal door dienstmeisjes verricht, hoewel het aantal huisvrouwen zonder hulp in het Interbellum toenam.¹⁰ Voor lagere standen was huishoudelijke hulp echter financieel niet haalbaar.

Het geleidelijk ontstaan van een arbeidersklasse vanaf medio negentiende eeuw bracht met zich mee dat een groeiend deel van de beroepsbevolking buitenshuis ging werken.¹¹ Buitenshuis werken maakte het combineren van arbeid en zorgtaken uiteraard veel lastiger, vooral als men verplicht was om lange dagen te maken. Door de lage lonen waren zowel mannen, vrouwen en vaak ook kinderen gedwongen om in fabrieken te werken. Vrouwenarbeid in fabrieken ging vaak samen met kinderarbeid. Het patroon van huisarbeid en gezinszorg werd dan overgebracht naar de fabriek. Tijdens het werk kon de moeder op haar kinderen passen.¹² Zoals vermeld in hoofdstuk 3 werd de gehuwde vrouw aan het eind van de negentiende eeuw beschermd tegen al te lange werkdagen. Dat loste het zorgprobleem echter niet

6 Damsma 1993, p. 79. Het fenomeen van een strikte scheiding tussen publieke en private sfeer werd in de jaren zeventig van de vorige eeuw dan ook wel aangemerkt als symbool voor en uitdrukking van de onderdrukking van vrouwen, die immers door hun 'veroordeling' tot de privésfeer de toegang tot politieke macht en economische onafhankelijkheid werd onzegd. Zie bv. Costera Meijer 1996, p. 12; Amaya-Castro 2010, hoofdstuk 7; Higgins 1999-2000, p. 847.

7 Volgens sommige commentatoren uit die tijd kwamen mannen uit de gegoede burgerij alleen thuis om te slapen. Zie Damsma 1993, p. 79.

8 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 34-42. In de zeventiende en achttiende eeuw maakten dienstmeisjes de grootste beroepsgroep uit in de steden in Europa en vormden ze ongeveer 12 procent van de stedelijke bevolking (Hufton 1992, p. 16). In Nederland waren verhoudingsgewijs veel minder inwonende dienstbodes, door de kleinere afstanden en door een grotere omvang van de beroepsgroep van kleine zelfstandigen (Damsma 1993, p. 41).

9 Zie Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 119.

10 Henkes en Oosterhof 1985, p. 48. In 1889 had een op de vijf huishoudens een dienstbode, in 1930 nog een op de acht. Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 156, noot 189.

11 De industrialisatie kwam in Nederland vrij laat op gang. In de negentiende eeuw bleef de economie overwegend agrarisch. Pas na 1890 kwam de industrialisatie op gang, maar omstreeks 1910 maakte de nijverheid nog steeds maar een derde van de economie uit, terwijl dat in Duitsland bijvoorbeeld 50% was. Zie De Beus e.a. 1989, p. 22.

12 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 127; Brugmans 1978, p. 109.

op. Een werkweek van zes dagen van 10 of 11 uur per dag liet nog steeds erg weinig tijd over voor het uitvoeren van zorgtaken. Kinderopvang was bovendien schaars en de kwaliteit ervan bedroevend. De overheid rekende onderwijs sinds begin negentiende eeuw weliswaar tot een nationale aangelegenheid. Er kwam in 1806 een wet op het lager onderwijs, opgevolgd door de Schoolwet van 1857 en de introductie van de leerplicht in 1901. Kleine kinderen vielen echter niet onder die wetten. In de burgerij ontstonden wel initiatieven om de opvang van heel jonge kinderen in de arbeidersklasse te verbeteren.¹³ Er werden in verenigingsverband nieuwe instellingen opgericht bedoeld voor kinderen van de arbeidende klasse, gefinancierd door weldoeners, met soms een bijdrage van de gemeente.¹⁴ Deze instellingen bestonden alleen in de grote steden, en veel waren het er niet. Uit een onderzoek in 1910 naar fabrieksarbeid van gehuwde vrouwen met kinderen onder de zes jaar bleek dat 60% haar kinderen liet verzorgen door familieleden. Nog steeds werden kinderen naar het werk meegenomen (12,5%), en slechts een relatief klein deel was op school of bewaarschool (10%).¹⁵ Anders dan in Engeland, namen werkgevers in Nederland in de negentiende eeuw geen initiatieven tot het oprichten van bedrijfscrèches.¹⁶

Dit kinderopvangprobleem zal mede een rol hebben gespeeld bij het feit dat het in de loop van de negentiende en twintigste eeuw als een verworvenheid werd gezien als de gehuwde vrouw niet uit werken behoefde te gaan. De beperking van haar werkzaamheden tot de huiselijke sfeer was echter met name een cultureel ideaal, dat door sommigen zo sterk beleden werd dat historici zelfs spreken van een moederschapscultus.¹⁷ Dit ideaal werd zoals vermeld als eerste verwezenlijkt door de hogere klassen, en overgenomen door de lagere klassen. Het werd in de negentiende eeuw bepleit door confessionelen¹⁸ maar ook door meer 'humanitaire' wereldverbeteraars zoals de Maatschappij tot Nut van 't Algemeen.¹⁹ In het begin van de twintigste eeuw voegden zich socialisten en zelfs feministen bij dit gezelschap. Volgens hen was de maatschappelijke opdracht van de vrouw primair om het welzijn van het gezin te bevorderen, zij het dat zij vrouwen niet wilden ontszeggen te werken als zij dit uit financiële noodzaak moesten doen.²⁰ Het werken als huishoudelijk personeel voor ongehuwde vrouwen uit de lagere klassen was overigens ook geaccepteerd. Dat werk werd beschouwd als een goede voorbereiding van de jonge vrouw op het huwelijkse leven, een betere keuze dan werken in de fabriek.

13 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 48-49.

14 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 51, 57, 79, 83.

15 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 128, gebaseerd op 'Onderzoek naar de fabrieksarbeid van de gehuwde vrouw in Nederland', Den Haag 1911.

16 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 47; p. 127.

17 Damsma 1993, p. 118; hij gebruikt het woord voor het gezinsbeleid van katholieken rond 1910.

18 Zie het citaat dat als motto bij dit onderzoek figureert (Kuyper 1914, p. 47).

19 Zie voor voorbeelden Plantenga 1993, p. 17.

20 Plantenga 1993, p. 24-25. Zie ook Van Rijswijk-Clerkx 1982, p. 141-142, die aangeeft dat er binnen de sociaal-democratische vrouwenclubs ook wel stromingen waren die ijverden voor 'vermaatschappelijking van huishouden en kinderverzorging', door centrale keukens, wasinrichtingen, crèches, etc. Zij legden het uiteindelijk af tegen de stroming die wilde bevorderen dat vrouwen thuis konden blijven door verhoging van de lonen van de mannen, Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 141. Zie voor feministen tegen vrouwenarbeid ook p. 148-149.

Buitenshuis werken werd dus door velen onwenselijk geacht voor gehuwde vrouwen. De strijd om alle moeders thuis voor de kinderen te laten zorgen, terwijl haar man buitenshuis werkte, was in de negentiende eeuw deel uit gaan maken van een 'zedelijkheidsoffensief' ter bestrijding van de morele crisis waarin de Nederlandse samenleving volgens velen terecht was gekomen.²¹ Dit offensief werd vooral door maatschappelijke organisaties als kerken en verenigingen gevoerd.²² De overheid bleef aanvankelijk vrij passief, zij het dat de introductie van het nieuwe huwelijksrecht in 1838 wel past bij deze ontwikkelingen. Op grond hiervan werd de gehuwde vrouw nagenoeg elke zelfstandigheid ontzegd.²³ Toen de confessionelen na de eeuwwisseling meer invloed kregen in het parlement, leidde het 'zedelijkheids-offensief' in 1911 onder andere tot het strafbaar stellen van voorbehoedsmiddelen, abortus, prostitutie en ontucht met minderjarigen.²⁴ Zelfs fabrikanten voegden zich in de strijd tegen de onzedelijkheid, bijvoorbeeld door werknemers die weigerden een door hen bezwangerd meisje te huwen, te bedreigen met ontslag.²⁵

Het zogeheten kostwinnersmodel, waarbij de man buitenshuis werkte en zijn echtgenote de zorgtaken voor haar rekening nam, werd derhalve bij een groot deel van de Nederlandse bevolking vanaf midden negentiende eeuw tot in ieder geval eind jaren vijftig als ideaal gezien. Het ideaal was vanaf eind negentiende eeuw tot in de jaren zestig voor een groot deel van de bevolking verwezenlijkt. Vanaf 1899 tot 1960 verrichtte ruwweg slechts 24% van de hele vrouwelijke beroepsbevolking en 10% van de gehuwde vrouwelijke beroepsbevolking betaalde arbeid.²⁶ Van de gehuwde vrouwen werkten tot aan de Tweede Wereldoorlog de meesten bij hun man op de boerderij of in de winkel.²⁷ Het aandeel werkende vrouwen, en vooral het aandeel gehuwde werkende vrouwen, was in de naoorlogse periode in Nederland veel lager dan in de ons omringende landen en de Verenigde Staten.²⁸

De levenswijze van de welvarende huishoudens, waarbij de vrouw des huizes het werk uitbesteedde, stierf overigens uit. Het aandeel huishoudelijk personeel in de vrouwelijke beroepsbevolking (veelal jonge meisjes) daalde vanaf het Interbellum

21 Uiting daarvan waren o.a. het toegenomen aantal buitenechtelijke kinderen en hoge zuigelingensterfte. Dat laatste verbeterde eind negentiende eeuw doordat moeders langer borstvoeding gaven, vermoedelijk omdat ze minder buitenshuis gingen werken. Damsma 1993, p. 100-102.

22 Zie Damsma 1988.

23 Damsma 1993, p. 71; p. 75.

24 Damsma 1988, p. 226 e.v.; 1993, p. 117; Stuurman 1983, p. 202.

25 Damsma 1993, p. 119.

26 Er zijn geen betrouwbare cijfers over de deelname van vrouwen aan beroepsarbeid in de negentiende eeuw. Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 125 noemt een percentage van 20% tussen 1850 en 1900. In 1899 verichtte 9,6% van de gehuwde vrouwelijke beroepsbevolking beroepsarbeid. Deze percentages bleven min of meer gelijk tot aan de Tweede Wereldoorlog. Tussen 1947 en 1960 daalde de participatie nog iets van 26,2% resp. 9,9% naar 22,6% resp. 6,8%.

27 19% van de gehuwde vrouwen werkte elders (Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 174). Zie ook SER 1966/15, p. 5: het aantal gehuwde werkende vrouwen exclusief meewerkende echtgenotes bedroeg 2,5% van alle gehuwde vrouwen in 1947 en 4,7% in 1960. Werksters bij particulieren, thuiswerk en kleine deeltijdbanen werden in deze tellingen overigens niet meegenomen; er zijn aanwijzingen dat in de jaren vijftig veel thuiswerk werd verricht door vrouwen en kinderen.

28 Zie SER 1966/15, p. 11: in 1960 had Nederland het laagste percentage vrouwelijke beroepsbevolking van de EEG, nl. 26,4%. Duitsland 40,8%; Frankrijk 41,9%; VS 33%.

en was in 1960 bijna verdwenen.²⁹ Er werd tot op hoog niveau gezocht naar een oplossing voor dit probleem.³⁰ Het probleem was echter structureel. De oplossing werd steeds meer gevonden in het mechaniseren van huishoudelijke taken.³¹ Het verzorgen van de kinderen bleef over als de belangrijkste taak waar een jonge moeder zich aan moest wijden. Het aan huis gebonden leven van de gehuwde vrouw was nu niet meer zozeer een ideaal ter bescherming van de kwetsbare leden van het gezin tegen de harde buitenwereld. De gehuwde vrouw was in eerste instantie een moeder, wier belangrijkste taak het was haar kinderen zo ideaal mogelijke omstandigheden te laten opgroeien. Dit oude ideaal, waarmee Nederland zich al onderscheidde in de zeventiende eeuw,³² paste goed bij het kostwinnersmodel, maar zou na de afkalving daarvan overleven.³³

In de eerste helft van de twintigste eeuw waren er weinig Nederlanders die behoefte hadden aan een andere taakverdeling, bijvoorbeeld door het evenredig verdelen van de zorgtaak tussen man en vrouw of door het uitbesteden ervan. Het kostwinnersmodel was terug te vinden in veel wetgeving die gedurende eind negentiende eeuw en de twintigste eeuw werd ingevoerd, bijvoorbeeld in het arbeidsrecht, het sociale zekerheidsrecht en het fiscale recht. Na de Tweede Wereldoorlog kwam echter langzaam verandering in het rollenpatroon. Het aandeel van vrouwen in de zorgtaken nam nauwelijks af, maar vrouwen gingen wel steeds vaker betaald werken. Het kostwinnersmodel werd zowel in de keuzes van burgers als in wetgeving vervangen door het 'anderhalfverdienersmodel'.

Een eerste voorzichtige aanzet tot deze verandering werd gegeven in de jaren vijftig. Gedwongen door de krappe arbeidsmarkt probeerden sommige werkgevers gehuwde vrouwen over te halen om enkele uren per dag arbeid te komen verrichten.

29 Van 43,7% in 1899 naar 30,5% in 1930 tot 19,5% in 1947, tot 2,8% in 1960. Plantenga 1993, p. 52-62. In de tellingen uit deze periode werd overigens nog niet bijgehouden hoeveel uur per week de betrokkenen werkten, maar vermoedelijk zijn alleen degenen die meer dan 15 uur per week werkten meegeteld (Plantenga 1993, p. 48). Zie ook Henkes en Oosterhof 1985, p. 14: in absolute aantallen ging het in 1899 om 431.544 werkende vrouwen, waarvan 189.585 als huispersoneel; in 1930 ging het om 763.875 resp. 234.446 vrouwen. De verklaring voor de daling na 1948 wordt gezocht in de dalende huwelijksleeftijd van meisjes (Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 173) en de voorkeur voor andere beroepen met bijvoorbeeld vaste arbeidstijden (p. 183).

30 Het ministerie van Sociale Zaken liet onderzoek doen naar dit probleem, uitmondend in een rapport in 1946. Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 173.

31 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 183. Inmiddels had zich sinds de negentiende eeuw al een professionalisering van diensten voltrokken die voorheen binnen een huishouding werden verricht, zoals opleiding in scholen, verpleging in ziekenhuizen, vervaardigen van kleding in confectiefabrieken, wasbehandeling in wasserijen, aanleggen van wintervoorraden in conservenfabrieken.

32 Zie Damsma 1993, p. 61-70: in pedagogische geschriften vanaf de zeventiende eeuw werd het gezin veelvuldig geprezen als de voornaamste plaats om kinderen in deugd en eerzaamheid op te voeden. Buitenlanders die de Republiek bezochten, verbaasden zich over de centrale rol van kinderen in het gezin.

33 Wellicht is dit ideaal zelfs nog sterker geworden. Zie Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 258. Zij spreekt van een omslag van moederbelang naar kinderbelang bij de discussies over kinderdagopvang rond 1970. Tevens Brinkgreve 2008, p. 128-132: terwijl vroeger de opvoeding gericht was op vanzelfsprekende orde en discipline, is de nieuwe opdracht het optimaliseren van de cognitieve en sociaal-economische ontwikkeling van kinderen.

Zij beseften dat zij daarvoor hun arbeidsorganisatie moesten aanpassen.³⁴ Aanvankelijk moesten de vrouwen, en niet in het minst hun echtgenoten, derhalve nog overgehaald worden.³⁵ Midden jaren zestig werd geconstateerd dat de tekorten op de arbeidsmarkt in traditionele vrouwenberoepen structureel en relatief groot waren.³⁶ Het aantal vrouwen dat naast het verrichten van zorgtaken zelf behoefte had aan participatie in het arbeidsproces nam sinds de jaren zestig echter toe. Deze trend is waarneembaar in de meeste westerse landen, en kwam in Nederland relatief laat op gang. Een belangrijke aanzet was het in 1967 gepubliceerde artikel 'Het onbehagen van de vrouw' van Joke Smit, waarin zij het volgens haar onbevredigende huisvrouwenbestaan aan de kaak stelde. Zij pleitte onder andere voor meer deelname aan betaalde arbeid door vrouwen, te bereiken door bijvoorbeeld verbetering van de beroepsopleiding van vrouwen, een dertig-urige werkweek, gelijke beloning en verandering van de belastingwetgeving.³⁷ Er ontstond een maatschappelijke discussie over de rol van vrouwen in maatschappij, gezin en economie.

Vrouwen hadden meerdere redenen om te willen werken. Jongere generaties waren gemiddeld steeds beter opgeleid en wilden hun opleiding te gelde maken. Ze waren door allerlei technologische vernieuwingen minder tijd kwijt aan het huishouden.³⁸ Ze hadden bovendien tijdens de economische recessie eind jaren zeventig een grotere kans op een werkloze partner en voor zichzelf een geringer perspectief op herintreding. Voor het eerst na de oorlog wilden veel vrouwen die aan gezinsvorming begonnen daarom blijven werken.³⁹ De mogelijkheden van moeders om betaalde arbeid te verrichten waren aanvankelijk echter beperkt. Het tegen betaling uitbesteden van zorgtaken aan derden, bijvoorbeeld door kinderopvang, werd niet wenselijk geacht en was overigens slechts beperkt mogelijk (zie hierna). Deeltijdarbeid kon voor sommigen een oplossing zijn, maar werkgevers waren aanvankelijk nauwelijks bereid om dat aan te bieden, uitzonderingen daargelaten.⁴⁰

Sinds midden jaren zeventig ontstond bij de overheid beleid gericht op het bevorderen van deeltijdarbeid,⁴¹ bijvoorbeeld in de vorm van een experimentele

34 De Verkade fabriek organiseerde bijvoorbeeld speciale bussen om de vrouwen van en naar hun werk te brengen en richtte in 1961 een bedrijfscreche op. Philips richtte in 1964 speciaal voor gehuwde vrouwen dichtbij een woonwijk een industrieel atelier in, waar de vrouwen gedurende de schooltijden van hun kinderen konden werken. Plantenga 1993, p. 91; SER 1966/15, p. 26-27.

35 Volgens enquêtes was de weerstand van gehuwde mannen tegen het feit dat hun vrouw zou kunnen werken veel sterker dan de weerstand van de vrouwen zelf. SER 1966/15, p. 21.

36 Zie SER 1966/15, p. 14; een verklaring werd mede gezocht in de dalende huwelijksleeftijd, zie p. 5.

37 Smit 1984; Zie Plantenga 1993, p. 37.

38 Zie Stokvis 2007.

39 Tijdens 1998, p. 216; Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 330 e.v.

40 Zie Plantenga 1993, p. 92, en Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 337-338. De weerstand bestond voornamelijk vanwege de vereiste organisatorische veranderingen, maar ook morele bezwaren speelden een rol.

41 Als start kunnen worden aangemerkt de voorstellen om deeltijdarbeid bij de overheid te stimuleren van de werkgroep Emancipatie en Deeltijdarbeid als aspecten van het Overheids-personeelsbeleid, Ministerie van BiZa 1977, p. 30; zie Burri 2000, p. 71; Leijnse 1985.

subsidie⁴² en het vaststellen van streefcijfers voor de overheid.⁴³ De belangstelling voor deeltijdarbeid werd deels ingegeven door ‘ideële’ motieven, namelijk het vergroten van keuzemogelijkheden voor vrouwen vanuit emancipatiedoelstellingen.⁴⁴ Deels werd de belangstelling ingegeven door economische motieven. In de jaren tachtig zag men het bevorderen van deeltijdarbeid als een manier om de werkgelegenheid evenrediger te verdelen en zo de gevolgen van de oplopende werkloosheid te mitigeren (zie hierover ook hoofdstuk 3).

Werkgevers bleken vanaf de jaren tachtig wel steeds meer bereid om werk in deeltijd te laten verrichten. Het aandeel van getrouwde vrouwen die betaald werk verrichtten nam toe van 7% in 1960 tot 36% in 1985.⁴⁵ De meeste van die banen waren deeltijdbanen. Tussen 1980 en 1984 steeg het aantal deeltijdbanen in de nijverheid en dienstensector met ca. 130.000.⁴⁶ De groei in werkgelegenheid in die jaren was dan ook grotendeels te danken aan een groei in deeltijdarbeid. Daarnaast bestond een groeiend deel van de arbeidsrelaties uit zogenaamde flexibele relaties, zoals uitzendwerk en oproepwerk, eveneens voor een groot deel verricht door vrouwen. De weerstand tegen werkende moeders nam tegelijkertijd af.⁴⁷ Tijdens de jaren negentig daalden de werkloosheidscijfers en steeg de arbeidsmarktparticipatie in Nederland, zodanig dat in de literatuur gesproken werd van ‘the Dutch miracle’.⁴⁸ De oorzaak daarvan werd vooral gezocht in de groei van parttime werk.⁴⁹ Nederland wordt wel de eerste ‘deeltijdeconomie’ ter wereld genoemd.⁵⁰

In arbeidswetgeving werd aangesloten bij deze in de praktijk gegroeide ‘deeltijdeconomie’. Het probleem van de combinatie van arbeid en zorg werd voornamelijk opgelost door werknemers mogelijkheden te geven om tijdelijk of structureel in deeltijd te werken, in de vorm van verlof of aanpassing van de arbeidsduur, zonder opvang van het inkomensverlies ten opzichte van een voltijds baan. Deze oplossing sloot aan bij de heersende culturele voorkeur van Nederlanders om kinderen zoveel mogelijk door hun moeder te laten verzorgen.⁵¹ Deze cultureel bepaalde voorkeur

42 Om deeltijdarbeid voor het bedrijfsleven aantrekkelijker te maken, is in 1980 tijdelijk een subsidieregeling van kracht geweest, de Experimentele Regeling Bevordering Deeltijdarbeid, die overigens vooral was bedoeld om meer werkgelegenheid te creëren voor werklozen en niet om meer vrouwen naar de arbeidsmarkt te trekken. De maatregel was echter weinig effectief, waarschijnlijk omdat de subsidies niet structureel waren en de voorwaarden te stringent, en is daarom niet voortgezet. Albers e.a. 1983, p. 200.

43 Zo kondigde de minister van Binnenlandse Zaken in 1983 aan om dertig procent van de nieuw in te vullen functies bij de overheid in deeltijd te willen invullen. *Kamerstukken II* 1983/84, 18 101, nr. 1-2, p. 45; zie ook Burri 2000, p. 71.

44 *Kamerstukken II* 1981/82, 17 431, nr. 1-2, p. 39; *Kamerstukken II* 1984/85, 19 052, nr. 1-2, p. 9.

45 Vendrik 1993, p. 238-240.

46 Tijdens 1998, p. 216.

47 Vendrik 1993, p. 243; Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 344.

48 Becker 2000; Van Oorschot 2002.

49 Esping-Andersen 2002; Van Oorschot 2002.

50 Becker 2000; Van Oorschot 2002.

51 Portegijs e.a. 2008, p. 15.

impliceerde daarnaast een weerstand tegen (de organisatie van) betaalde kinderopvang. Het van staatswege bevorderen van gebruik van kinderopvang kreeg pas vanaf 2005 daadwerkelijk impact. De ontwikkeling van het 'anderhalfverdieners-model' had naast een culturele, ook een zekere economische logica. Vanaf de jaren tachtig ontstond in het bedrijfsleven steeds meer behoefte aan een flexibel arbeidsaanbod, die al naar gelang de behoefte nu eens groter, en dan weer kleiner zou zijn.⁵² Deze flexibiliteit kan gemakkelijker gevraagd worden van werknemers die voor hun levensonderhoud niet afhankelijk zijn van een voltijds inkomen. Dat geldt onder andere voor deeltijders of werkers in flexibele relaties met een voltijds verdienende partner.

Het deeltijdpatroon is tot op heden blijven bestaan. Van alle Europese landen is Nederland het land waar de meeste werknemers (met name vrouwen) in deeltijd werken. Veel gezinnen hebben 'anderhalf' inkomen, dat wil zeggen een voltijds-werkende man en een in deeltijd werkende vrouw.⁵³ De doelstelling van financiële onafhankelijkheid is voor de meeste vrouwen niet gerealiseerd. Weerstand tegen betaalde kinderopvang is nog steeds aanwezig, al wordt het minder.⁵⁴ Verlofrechten worden voornamelijk door vrouwen opgenomen.⁵⁵ Gelet op deze kenmerken werd Nederland rond de eeuwwisseling getypeerd als een voorbeeld van een 'conservatief christelijk familialistisch regime', dat historisch gezien nog immer gericht is op de (mannelijke) kostwinner.⁵⁶

Zijn er tekenen dat de Nederlandse economie van een anderhalfverdieners naar een tweeverdienerseconomie zal evolueren? De infrastructuur is daar steeds beter op afgestemd. Zo zijn er ruimere mogelijkheden voor crèches en opvang van kinderen van schoolgaande leeftijd buiten de schooltijden, en wordt die opvang ruimhartiger gesubsidieerd. De overheid ziet het feit dat zoveel vrouwen in kleine deeltijdbanen werken inmiddels als problematisch⁵⁷ en stelt zich ten doel vrouwen te bewegen vaker grotere deeltijdbanen of voltijdbanen te aanvaarden.⁵⁸ Anderzijds lijkt de overheid te schrikken van de financiële lasten die het toenemende beroep op kinderopvang met zich mee brengt (zie par. 4.5.5). Door de regering wordt bij

52 Vgl. Smitskam 1989; zie uitvoerig par. 4.5.4.

53 Portegijs e.a. 2008, p. 15.

54 Veel moeders willen de zorg voor hun kind niet, of hooguit twee à drie dagen per week uitbesteden. Portegijs e.a. 2008, p. 15.

55 Volgens De Vries en Van der Mooren 2011 nam in 2009 van de vrouwen met recht op ouderschapsverlof 53.000 dit verlof ook op (41%), van de mannen waren dat er 26.000 (19%). Volgens Van Luijn en Keuzenkamp 2004, p. 168, maken vrouwen ook veel meer gebruik van verlof voor onverwachte situaties, loopbaanonderbreking en korter werken, en iets meer van verlof voor kort- en langdurend ziekten.

56 Esping-Andersen 1999; Saraceno 2000.

57 Vgl. Portegijs e.a. 2008, hoofdstuk 2, Vijftig jaar deeltijdwerk in Nederland: ontstaan en ontwikkeling van Emancipatiebeleid 2008-2011, par. 2.6; Meerjarenbeleidsplan Emancipatie 2006-2010, *Kamerstukken II* 2005-2006, 30420, nr. 2; *Kamerstukken II* 2007/08, 30 420, nr. 50, p. 14.

58 *Kamerstukken II* 2007/08, 29 544, nr. 146; nr. 160. Vgl. Keuzenkamp 2009.

uitbreiding van arbeid- en zorgwetgeving thans voornamelijk gedacht aan flexibilisering van werktijden en bevordering van telewerken.⁵⁹ Intussen is de culturele weerstand tegen het uitbesteden van de zorg voor kinderen tijdens de hele werkweek is nog steeds groot, en het appèl op moeders om betaalde arbeid te verrichten ten behoeve van 'de economie' is in dat licht niet erg overtuigend. De culturele weerstand tegen betaalde arbeid in deeltijd door moeders is echter sterk verminderd.⁶⁰ Wel kan de vraag gesteld worden in hoeverre werkgevers al 'gewend' zijn aan verminderde beschikbaarheid van werknemers met zorgtaken. Uit onderzoek van eind vorige eeuw bleek dat de bereidheid van werkgevers om arbeid- en zorgregelingen te faciliteren sterk samenhangt met vraag- en aanbod op de arbeidsmarkt.⁶¹ Verminderde beschikbaarheid wegens zorgtaken is vermoedelijk nog steeds een diskwalificatie. Dat verklaart wellicht waarom ook werkende vrouwen relatief weinig gebruik maken van zorgverlofregelingen als ze daarvoor een alternatief hebben, zoals het opnemen van vakantiedagen.⁶² Opname van ouderschapsverlof is deels afhankelijk van inkomen. Het gebruik van het verlof is hoger als het verlof betaald of als het inkomen hoger is, maar hangt daarnaast samen met het opleidingsniveau van de verlofganger.⁶³

4.1.3 Arbeid- en zorgverdeling en de wet

Uit de in de voorgaande paragraaf beschreven ontwikkeling blijkt dat er historisch gezien verschillende modellen hebben bestaan voor de verdeling van arbeid- en zorgtaken over gezinsleden. Die verdeling hangt ten eerste om biologische en culturele redenen sterk samen met het geslacht van de gezinsleden. Kinderen baren is uiteraard voorbehouden aan de vrouw. Het verzorgen van kinderen en zieken is voorts voor zover bekend nooit een typisch mannelijke bezigheid geweest. Vrouwen combineerden deze bezigheden echter lange tijd met allerlei andere bezigheden. Voor grote delen van de bevolking ontstond pas vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw een scherpe scheiding tussen betaalde arbeid en onbetaalde zorgtaken. Deze nieuwe verdeling hing samen met economische ontwikkelingen. Enerzijds was het door de industrialisering niet meer goed mogelijk om zorgtaken tussen de bedrijven door te verrichten, nu betaalde arbeid veelal buitenshuis in fabrieken en kantoren plaatsvond. Anderzijds gaf de groeiende welstand vanaf de

59 Aanbiedingsbrief bij Kabinetsstandpunt eindrapport Taskforce DeeltijdPlus, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 544, nr. 260, p. 1.

60 Steeds minder mensen maakten nog bezwaren tegen het buitenshuis werken van moeders. Dit aandeel nam af van 20% van de bevolking in 1991 tot 17% in 2000 en 12% in 2004. Portegijs e.a. 2008, p. 33.

61 Grünell 1998.

62 Van Luijn en Keuzenkamp 2004 p. 206 vermelden dat bij onverwachte situaties in 52% van de gevallen een vrije dag wordt opgenomen (en slechts 5% calamiteitenverlof) en bij kortdurend zieken wordt zelfs in 67% van de gevallen een vakantiedag of adv opgenomen.

63 De Vries en Van der Mooren 2011 vermelden dat werkende vrouwen met een persoonlijk inkomen tussen de 40 en 50.000 euro twee keer zo vaak ouderschapsverlof opnemen als vrouwen met een inkomen tussen de 10 en 20.000 euro (60 tegen 31%). Hoogopgeleide vrouwen maken veel vaker gebruik van ouderschapsverlof dan laagopgeleide vrouwen (58 versus 17%) en voltijds werkende vrouwen veel vaker dan vrouwen die 12 tot 24 uur per week werken (55 versus 30%).

tweede helft van de twintigste eeuw veel werknemersgezinnen de mogelijkheid om de vrouw vrij te stellen van betaalde arbeid buitenshuis. Daardoor werd het kostwinnersmodel maatschappelijk gezien dominant. Economische ontwikkelingen waren daarvoor echter niet alles bepalend. Tot ver in de twintigste eeuw bestond een sterke culturele voorkeur voor het kostwinnersmodel. Zowel culturele als economische ontwikkelingen zetten echter de transitie naar het anderhalfverdienersmodel in gang. De behoefte aan deeltijdbanen voor vrouwen werd onder andere geschapen door veranderende ideeën over de rol van de vrouw, maar ook door een fluctuerende conjunctuur.

Naast de samenhang met economische en culturele ontwikkelingen verdient echter opmerking het feit dat de wetgever de bestaande verdeling niet zelden bestendigde of zelfs faciliteerde door wetgeving. De arbeid- en zorgverdeling werd dus tevens beïnvloed door wetgeving. Deze wetgeving had soms gevolgen voor werkgevers. Deze rol van de wetgever werpt net als in hoofdstuk 3, een vraag op over de 'privétiseringsrevolutie' in het arbeidsrecht. Als wetgeving altijd al bepaalde keuzes voor verdeelmodellen bestendigde of faciliteerde, wat is dan, in het kader van de arbeidsrelatie, het verschil met het verdeelmodel dat begin jaren negentig werd ondersteund middels de responsieve arbeidstijden- en verlofregelgeving? Was het kostwinnersmodel bijvoorbeeld veel minder belastend voor werkgevers, dan het anderhalfverdienersmodel? In het vervolg van dit hoofdstuk wordt bestudeerd, in hoeverre het kostwinnersmodel verankerd was in het arbeidsrecht. In par. 4.2.1 zal blijken, dat het kostwinnersmodel niet alleen was terug te vinden in het arbeidstijdenrecht (zoals al kon worden opgemaakt uit hoofdstuk 3), maar ook in het ontslagrecht en de loonvorming. Ook buiten het arbeidsrecht was in wetgeving de dominantie van dit model terug te vinden, zoals in het sociale zekerheidsrecht en het belastingrecht. Een uitgebreide bespreking hiervan valt buiten het bestek van dit onderzoek, maar het komt wel kort aan de orde aan het einde van deze paragraaf. Ten slotte wordt een conclusie getrokken over de mate waarin de werkgever 'belast' werd met 'privéomstandigheden' van de werknemer door de wetgeving waarin het kostwinnersmodel werd gefaciliteerd.

Voorts wordt bestudeerd, hoe de overgang naar een ander verdeelmodel, namelijk het anderhalfverdienersmodel, verliep. De dominantie van het kostwinnersmodel is vanaf begin jaren zeventig geërodeerd, voornamelijk als gevolg van het gelijke-behandelingsdenken. In par. 4.3 wordt bekeken wat dit had opgeleverd voor de werknemer met zorgtaken rond 1990, dus net vóór de introductie van het 'responsieve' arbeidstijden- en verlofrecht. Daarbij wordt niet alleen gekeken naar de mogelijkheden van de werknemer met zorgtaken om verlof op te nemen, maar ook om kinderopvang te regelen of in deeltijd of in flexibele arbeid te werken.

Daarna is er aandacht voor de ontwikkeling van het overheidsbeleid inzake de combinatie van arbeid en zorg vanaf 1990. De keuzes van de wetgever in die ontwikkeling zijn deels al behandeld in het hoofdstuk over arbeidstijd, omdat de wetgever in de overgang naar het anderhalfverdienersmodel juist op dat vlak heeft ingegrepen. In dit hoofdstuk zal meer dan in het vorige, aandacht worden besteed aan de ontwikkeling van de beleidskeuzes van de wetgever, de rechtvaardiging en de

uitvoering ervan (par. 4.4). Voorts wordt in par. 4.5 weer in meer detail ingegaan op de positie van de werknemer met zorgtaken naar de huidige stand van het recht. Daarbij wordt wederom gekeken naar de mogelijkheden om verlof op te nemen, en de inkomens- en ontslagbescherming van verlofgangers (par. 4.5.1, 4.5.2 en 4.5.3). Ook wordt in kaart gebracht op welke wijze de wetgever bijdroeg aan het behartigen van die belangen door kinderopvang te regelen (par. 4.5.5) of mogelijkheden tot het werken in deeltijd of in flexibele arbeid te verbeteren (par. 4.5.4). Uit deze paragrafen zal blijken dat vanaf 1990 op meerdere fronten de flexibiliteit van zowel werkgevers als werknemers is toegenomen om tijdstip en duur van de te verrichten of te laten verrichten arbeid af te stemmen op hun behoefte. Ten slotte wordt in een aparte paragraaf aandacht besteed aan de wijze waarop rechters de belangen van de werkgever en de belangen van de werknemer afwegen als het gaat om wensen van de werknemer inzake arbeidsduur of verlof binnen de reguliere arbeidsovereenkomst (par. 4.6).

4.2 Van kostwinnersmodel naar gelijke behandeling tot 1990

4.2.1 Het kostwinnersmodel in het arbeidsrecht

Inleiding

Om de vraag te beantwoorden, of de wetgever de werkgever met het kostwinnersmodel minder zwaar belastte dan met het anderhalfverdienersmodel, wordt in de navolgende paragraaf geïnventariseerd waar het kostwinnersmodel in de wet terug te vinden was. Sporen van het kostwinnersmodel zijn terug te vinden in arbeidsrechtelijke regels en praktijken. Soms genoot de gehuwde vrouw extra bescherming om haar zorgtaken te kunnen verrichten. Soms genoot de mannelijke kostwinner meer bescherming om zijn onderhoudsverplichting te kunnen nakomen. Het kostwinnersmodel was veel sterker terug te vinden in het sociale zekerheidsrecht en het fiscale recht. Aan dat gegeven wordt kort aandacht besteed aan het einde van deze paragraaf.

Arbeidswet

Het kostwinnersmodel was ten eerste terug te vinden in de arbeidstijdenwetgeving. In 1889 werd zoals vermeld in hoofdstuk 3, de Arbeidswet ingevoerd, waarin de werktijden van vrouwen in de industrie werden beperkt en een arbeidsverbod na de bevalling werd opgelegd. In de Arbeidswet 1911 werd aan de Arbeidswet 1889 onder andere toegevoegd het verbod de gehuwde vrouw en vrouwen die een huishouding te verzorgen hadden, arbeid te laten verrichten op zaterdagmiddag. In de Arbeidswet 1919 bleef de aparte positie van de vrouw gehandhaafd. In de op de Arbeidswet gebaseerde besluiten werd bovendien onderscheid gemaakt tussen ongehuwde en gehuwde vrouwen c.q. vrouwen die een huishouding te verzorgen hadden.⁶⁴

⁶⁴ Zie SER 1971/7, p. 4: in het Arbeidsbesluit 1920, art. 52; in het Werktijdenbesluit voor fabrieken of werkplaatsen 1936, art. 1, 7, 9, 10, 12, 13, 16, 17, 18, 23, 25, 27, 30, 33, 36, 57; in het Werktijdenbesluit voor koffiehuis- en hotelpersoneel 1949 in art. 5 en 12.

Wet op de Arbeidsovereenkomst

Een spoor van het kostwinnerstelsel was voorts terug te vinden in de wet op de Arbeidsovereenkomst van 1907.⁶⁵ Daarin vond men namelijk speciale bepalingen voor de positie van gehuwde vrouwen. De gehuwde vrouw was volgens het burgerlijk recht handelingsonbekwaam, hetgeen wilde zeggen dat zij slechts gebonden was aan een door haar gesloten overeenkomst als haar man zijn instemming had gegeven (art. 164 OBW). In het arbeidsrecht werd er van uitgegaan dat die instemming was verleend, behoudens tegenbewijs. De gehuwde werkneemster kon vervolgens alle handelingen met betrekking tot deze overeenkomst zonder bijstand van haar man verrichten. Bovendien was zij gerechtigd over haar loon 'ten bate van het gezin te beschikken'.⁶⁶ Deze beschikkingsbevoegdheid was dus een uitbreiding van de bevoegdheid van de gehuwde vrouw ten opzichte van het algemene huwelijksrecht.⁶⁷ De wetgever had hier als het ware al ruimte gegeven voor enige emancipatie van de gehuwde vrouw ten opzichte van het kostwinnersmodel, zij het bescheiden.

Ontslagbescherming

Het kostwinnersmodel kwam voorts tot uitdrukking in de ontslagpraktijk, en na de Tweede Wereldoorlog in het ontslagrecht. Zoals vermeld ontstond na invoering van de Arbeidswet 1889 in verschillende fabrieken de gewoonte om vrouwen te ontslaan als ze zwanger werden of trouwden.⁶⁸ Bij inwonend huispersoneel, een groot deel van de werkende vrouwen, was het altijd al vanzelfsprekend dat de vrouw bij haar trouwen de dienst verliet. Na de eeuwwisseling werd het steeds gangbaarder om vrouwen in andere dienstbetrekkingen bij hun huwelijk te ontslaan, vooral bij de overheid.⁶⁹ In de crisisjaren dertig werd in het parlement openlijk gepleit voor het uitsluiten van getrouwde vrouwen van de arbeidsmarkt. Het werk moest gereserveerd worden voor mannelijke kostwinners.⁷⁰ In 1937 werd de 'Arbeidsgetalsverhoudingenwet inzake de verdeling van de beschikbare arbeid' aangenomen, die voorzag in gedwongen ontslag voor vrouwen in fabrieken en werkplaatsen ten behoeve van de kostwinnende man.⁷¹ De Rooms-katholieke minister Romme deed in 1937 een voorstel om een algeheel arbeidsverbod voor gehuwde en samenwonende vrouwen in te voeren, tenzij de vrouw kostwinster was, maar dit voorstel stuitte op verzet, met name van de vrouwelijke vakbeweging, en werd ingetrokken door de

65 Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907, 193.

66 Art. 1637f; deze bepaling is vervallen bij wet van 14 juni 1956, Stb. 1956, 343, de wet waarin ook de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw is opgeheven.

67 Zie ook Meijers 1924, p. 68.

68 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 128; geciteerd wordt een onderzoek van het Nationaal Bureau van vrouwenarbeid uit 1905.

69 Zie Wentholt 1990b, p. 19. Een KB in 1924 legde vast dat huwende rijksambtenaressen ontslagen moesten worden, in 1934 werd in het ARAR vastgelegd dat gehuwde vrouwen in beginsel geen ambtenaar konden worden (Wentholt 1990b, p. 26).

70 Een uitzondering gold overigens vanaf 1935 voor de vrouwen van werklozen die een beroep deden op uitkering. Als zij geen kleine kinderen meer had, diende zij zich vanaf 1935 in te schrijven bij het arbeidsbureau (De Rooy 1979, p. 168; Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 163).

71 Wet van 1937, Stb. 1937, 802; de getalsverhouding moest nader bij amvb's vastgesteld worden, maar dat is nooit gebeurd, Wentholt 1990b, p. 25.

opvolger van Romme.⁷² In het parlement richtte het verzet zich tegen een regelend optreden van de overheid in wat als een privéaangelegenheid werd beschouwd.

Sinds 1945 was toestemming voor opzegging door zowel werkgevers als werknemers noodzakelijk krachtens het BBA. Nu kwam de bescherming van de kostwinner on-dubbelzinnig tot uitdrukking in het ontslagrecht. Het toestemmingsvereiste bij ontslag voor werkgevers werd in het BBA 1945 namelijk niet van toepassing verklaard op vrouwelijke werknemers, die na 9 mei 1940 waren aangenomen in plaats van mannen.⁷³ Daarnaast werd het vrouwelijk huishoudelijk personeel van de werkings-sfeer van het BBA uitgesloten.⁷⁴ Uit een onderzoek naar de praktijk van de arbeids-bureaus bij het verlenen van vergunningen tussen 1945 en 1951 blijkt voorts dat het 'gezinsbelang' een grote rol speelde bij de vraag of een vergunning op verzoek van een werknemer kon worden verleend.⁷⁵ Een vergunningaanvraag door een werknemer werd gehonoreerd als de (mannelijke) werknemer van baan wilde veranderen ter verkrijging van een betere huisvesting van zijn gezin of ter bevordering van de gezondheid van een of meer gezinsleden, ook al stonden daar soms zwaarwegende bedrijfsbelangen tegenover. Vrouwelijke werknemers werd toegestaan ontslag te nemen als dat noodzakelijk was om de gezinshuishouding beter te doen functioneren, bijvoorbeeld om een zieke moeder te verplegen. Uit voorbeelden blijkt dat voor kostwinners (meestal mannen) andere maatstaven golden dan voor niet-kostwinners (meestal vrouwen). Een vergunning aan een werkneemster werd bijvoorbeeld ge-weigerd toen men vermoedde dat het gezinsbelang niet doorslaggevend was maar dat zij 'slechts' elders een beter loonaanbod had gekregen. Een vergunning werd wel verleend aan een werknemer die kostwinner was, op grond van het feit dat een elders te verkrijgen loonsverhoging in het belang van het gezin was.⁷⁶ Een vergunning aan een werkgever voor ontslag van een in deeltijd werkende vrouw werd toegewezen, onder andere omdat uit de stukken niet blijkt dat zij kostwinster was.⁷⁷

72 Wentholt 1990b, p. 28; Plantenga 1993, p. 22-23. In 1937 verscheen overigens een rapport waaruit bleek dat het percentage werkende gehuwde vrouwen in Nederland nog maar 2% bedroeg, zodat de werkgelegenheid voor mannen door een verbod niet significant zou stijgen, zie Wentholt 1990b, p. 25; het cijfer dat Plantenga noemt in deze periode is veel hoger, maar daarin werden ook meewerkende echtgenotes meegeteld.

73 Wentholt 1990b, p. 28.

74 Art. 2 lid 1 sub d BBA. Heerma van Voss 1992, p. 70. Volgens hem werd deze uitzondering nooit duidelijk toegelicht. Levenbach, die betrokken was bij de totstandkoming van het 'noodarbeids-recht' na afloop van de oorlog, heeft aan Heerma van Voss mondeling de volgende reden gegeven: voor gelding in de privésfeer achtte men de bepalingen te ingrijpend en ook moeilijk controleerbaar; mannen vielen wel onder het besluit omdat zij vaak verantwoordelijk waren voor de inkomsten van een gezin.

75 Ringeling 1953, hoofdstuk 1 (Het gezinsbelang).

76 Ringeling 1953, voorbeeld 24 p. 59 resp. voorbeeld 2, p. 66.

77 Ringeling 1953, voorbeeld 12, p. 290, vergunning voor ontslag van in deeltijd werkende vrouw toegewezen; voorbeeld 2, p. 172, werkgeversverzoek betreffende zieke gehuwde werkneemster, voor de beslissing is van belang in hoeverre betrokkene als kostwinster moest worden be-schouwd; voorbeeld 6, p. 173, gehuwde zieke werkneemster, gedeeltelijk kostwinster, vergun-ning geweigerd; voorbeeld 36, p. 221, over een ontslagvergunning bij het einde van een opdracht: 'Als regel staat achter werknemers een gezin en zeker een grote firma als patroon in kwestie dient zich haar verantwoordelijkheid ten opzichte van haar werknemers bewust te zijn en niet alleen rekening te houden met eigen belang.' Vergunningen voor ontslag door werkgevers van (vrouwelijke) deeltijdwerkers werden daarentegen gemakkelijk verleend omdat deeltijdwerk voor de werkgever 'storend' was (Ringeling 1953, p. 290-291).

De praktijk van het BBA 1945 ten aanzien van ontslag aan de gehuwde vrouw leidde volgens onderzoek 'niet tot ernstige moeilijkheden'.⁷⁸ Waarschijnlijk traden zeer veel vrouwen vrijwillig uit dienst bij huwelijk of zwangerschap.⁷⁹ Er werden daarnaast in vele arbeidscontracten ontbindende voorwaarden opgenomen in geval van huwelijk of zwangerschap.⁸⁰ Als een dergelijk beding er niet was en de werkneemster trad niet vrijwillig uit dienst, dan was opzegging noodzakelijk. Sinds 1964 was in de richtlijnen voor de toepassing van het BBA opgenomen dat een vergunning voor ontslag van een huwende of zwangere werkneemster kon worden verleend als het bij de werkgever gebruik was om huwende of zwangere vrouwen te ontslaan en de werkneemster bij indiensttreding van dat gebruik op de hoogte was gebracht.⁸¹ Alleen voor echtgenotes van invalide mannen werd een zwaarwegend persoonlijk belang bij continuering van het dienstverband aanwezig geacht.

Huispersoneel

Indirect werkte het kostwinnersmodel door in de bijzondere behandeling van het huispersoneel in het BW, het BBA, de Arbeidswet en de sociale werknemersverzekeringen. Aan het begin van de vorige eeuw was bijna de helft van de werkende vrouwen werkzaam als dienstbode. Het betrof veelal ongehuwde jonge vrouwen zonder kinderen, die bij hun werkgever inwoonden.⁸² Het ontbreken van zorgplichten voor een eigen gezin en de maatschappelijk als onzelfstandig ervaren positie van jonge ongehuwde vrouwen, zal mede een rol hebben gespeeld bij de gedachte dat de behoefte aan bescherming van deze werknemers een heel andere was dan die van 'gewone' werknemers.⁸³

Een voorbeeld van die speciale positie was het feit dat het inwonende huispersoneel in de wet op de Arbeidsovereenkomst onder een iets ander 'arbeidsrechtelijk regime' was gebracht dan de reguliere werknemer. Omdat de dienstbode meestal inwonend was, moest zij volgens sommigen niet worden beschouwd als loonarbeidster, maar als 'huisgenote'. Er waren zelfs politici die meenden dat de zedelijke verplichtingen voor deze huisgenotes niet in de wet vastgelegd moesten worden, omdat dit een

78 Ringeling 1953, p. 186.

79 Zie ook SER 1969/6, p. 6.

80 Zie SER 1966/15, p. 36. In cao's kwamen dergelijke bepalingen eind jaren zestig overigens niet voor, zie SER 1969/6, p. 6.

81 Zie SER 1969/6, p. 5-8. De richtlijnen waren uitgevaardigd in 1964. Het aantal op de grond van het voorgenomen huwelijk gevraagde vergunningen was wel heel klein, namelijk zo'n 200 tot 150 aanvragen per jaar. Slechts 10% daarvan werd toegewezen. De verzoeken op grond van zwangerschap werden vaker toegewezen, zo'n 30 à 40%. De bepaling in de richtlijnen werd gehandhaafd tot 1974. Zie Asscher-Vonk 1977.

82 Henkes en Oosterhof 1985, p. 48. In absolute aantallen ging het in 1899 om 431.544 werkende vrouwen, waarvan 189.585 als huispersoneel; in 1930 ging het om 763.875 resp. 234.446 vrouwen.

83 Poelstra 1996, p. 188. Zij ziet de positie van dienstbodes als een bevestiging van de maatschappelijke rolverdeling tussen de geslachten (vrouwen horen in het huishouden te werken) alsmede als een uitdrukking van de standenmaatschappij (vrouwen uit de laagste standen werken in ondergeschiktheid in het huishouden van een ander).

overbodige en zelfs onwenselijke ingreep in het gezinsleven was.⁸⁴ De voorstanders van wettelijke bescherming waren echter in de meerderheid. In de wet op de Arbeidsovereenkomst werd een bepaling opgenomen over het recht op vrije tijd van de inwonende werknemer. Deze bepaling gaf een vrij minimale bescherming. Volgens art. 1638v BW was de werkgever gehouden inwonende arbeiders, zonder korting van hun loon, in de gelegenheid te stellen 'hunne godsdienstplichten te vervullen, alsmede ontspanning van den arbeid te genieten, in beide gevallen op de wijze bij overeenkomst of, bij gebreke van dien, door het plaatselijk gebruik bepaald'. De publiekrechtelijke arbeidstijdenbescherming in de opeenvolgende Arbeidswetten was niet op huispersoneel van toepassing.⁸⁵

De bescherming van arbeidstijden van dienstbodes was dus vergeleken met de bescherming van arbeidstijden van bijvoorbeeld fabrieksarbeiders zeer gering. In de praktijk was vrije tijd van inwonende dienstbodes vermoedelijk meestal schaars. Werkdagen van 's ochtends vroeg tot 's avonds laat, zondagsarbeid en arbeid op feestdagen waren heel gebruikelijk.⁸⁶ Feitelijk hadden zij nauwelijks tijd of ruimte voor een privéleven. Aan de andere kant was de arbeidsrechtelijke bescherming van de inwonende dienstbode bij ziekte in 1907 weer iets uitgebreider dan bij andere werknemers. De werkgever was verplicht om in geval van ziekte of ongeval voor de verpleging en geneeskundige behandeling van de dienstbode te zorgen en haar loon gedurende betrekkelijk korte tijd, doch uiterlijk tot een tijd van zes weken, door te betalen.⁸⁷ Dit relatieve voordeel ten opzichte van gewone werknemers verdween toen de dienstbode werd uitgesloten van een aantal sociale verzekeringen, onder andere met het argument dat dit niet paste bij 'huisgenotes'.⁸⁸ Ten slotte werden vrouwelijke werknemers, die uitsluitend of hoofdzakelijk huishoudelijke of persoonlijke diensten verrichten op grond van art. 2 lid 1 sub d BBA uitgesloten van de werkingssfeer van het BBA.⁸⁹

Mogelijk speelde de relatief onbeschermd positie van dienstbodes een belangrijke rol bij de afnemende belangstelling voor dit beroep vanaf de jaren dertig.⁹⁰ Vanaf 1960 kregen dienstbodes overigens iets meer recht op vrije tijd. Art. 1638w lid 3 BW bepaalde sindsdien dat de werknemer die minimaal 42 uur en zes dagen per week in de huishouding van zijn werkgever werkte, minimaal een middag in de week of op

84 Henkes en Oosterhof 1985, p. 59; zie het standpunt van anti-revolutionaire voorman De Savornin Lohman, *Handelingen II*, 7 maart 1906, Bles I p. 188-191. Overigens waren er ook mannen die inwonend waren, voornamelijk in de landbouw als boerenknecht.

85 Zie Poelstra 1996, p. 174.

86 Henkes en Oosterhof 1985, p. 83.

87 Art. 1638ij BW. Gewone werknemers hadden slechts recht op doorbetaling van loon gedurende 'betrekkelijk korte tijd' ex art. 1638c BW.

88 Minister Talma bij de parlementaire behandeling van de Ziektewet, *Handelingen II* 1912/13, p. 2739; zie Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 43. De Ongevallenwet 1901 en de Ziektewet 1911 waren alleen van toepassing op arbeiders in dienst van een onderneming of een publiekrechtelijk lichaam. De Invaliditeitswet verzekerde overigens wel alle loonarbeiders inclusief dienstbodes. De WW sloot dienstbodes weer uit. Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 49; Jansen en Loonstra 2001a, p. 9.

89 Deze bepaling is per 1 januari 1989 gewijzigd: Stb. 1988, 573. Zie Burri 2000, p. 543.

90 Henkes en Oosterhof 1985.

maandagochtend vrij moest krijgen.⁹¹ Voor huishoudelijk personeel moest het recht op een vrije middag volgens de minister in het BW geregeld worden, omdat de Arbeidswet 1919 vanwege de administratieve verplichtingen, de strafrechtelijke sancties en de publieke inspectie op de naleving niet geschikt was voor toepassing op de particuliere huishouding.⁹² Incidentele uitzonderingen op het recht op een vrije middag werden toegelaten, omdat het volgens de minister in een gezin door bijzondere omstandigheden soms zeer bezwaarlijk kon zijn als de dienstbode vrijaf zou krijgen. Bij afwijking van de vrije halve dag diende echter boven het gewone loon een vergoeding te worden betaald, evenredig aan het loon (dus meestal 1/12 van het weekloon).⁹³ De invoering van de vrije halve dag kon echter niet de tanende interesse voor het beroep van dienstbode keren. Het aandeel huishoudelijk personeel in de vrouwelijke beroepsbevolking was in 1960 al bijna verdwenen.⁹⁴ De speciale bepalingen voor inwonende werknemers zouden bij de vernieuwing van het BW in 1996 worden afgeschaft vanwege het ontbreken van praktische betekenis.⁹⁵

Gezinsloon

Het traditionele kostwinnersmodel was dus terug te vinden in het arbeidstijdenrecht, het ontslagrecht en indirect in de behandeling van huispersoneel. Volgens dit traditionele model moest het loon dat de kostwinner met de arbeid verdiende voldoende zijn om een gezin van te onderhouden. Het loon dat een niet-kostwinner verdiende, kon logischerwijs lager zijn. De vraag rijst daarom, of het loongebouw ook inderdaad was gebaseerd op de gedachte dat de standaardwerknemer een kostwinner was, met andere woorden, of de werkgever gedwongen werd een loon te betalen dat voldoende was voor de behoefte van de werknemer en zijn gezin.

Dit is geen eenvoudig te beantwoorden vraag. Vermoedelijk was het loon voor de meeste werknemers de facto voldoende om in de behoefte van hun gezinnen te voorzien, want anders waren hun vrouwen, gedreven door pure noodzaak, misschien wel gaan werken.⁹⁶ De vraag, of het loon, door de partijen die invloed hadden op de hoogte ervan ook bedoeld was als 'behoefteloon', is lastiger te beantwoorden. De hoogte van het loon wordt in het algemeen uiteraard bepaald door allerlei factoren, zoals de economische conjunctuur, het machtsverwicht tussen bonden en werkgevers, de winstgevendheid van een bepaalde bedrijfstak, de schaarste van

91 Zoals vermeld bevatte de Arbeidswet al sinds 1919 het recht op een vrije zaterdagmiddag. Tijdens de bezetting is bij besluit van de wnd. Secretaris-Generaal van het Departement van Sociale Zaken van 11 oktober 1943 een regeling getroffen ten aanzien van een vrije middag van het huispersoneel. Dit besluit bleef na de bevrijding aanvankelijk van kracht, doch verviel krachtens artikel 1 van de Wet bezettingsmaatregelen IV (Stb. 1951, 25). Zie *Kamerstukken II* 1959/60, 5 709, nr. 3, p. 1.

92 *Kamerstukken II* 1959/60, 5 709, nr. 3, p. 1.

93 *Kamerstukken II* 1959/60, 5 709, nr. 3, p. 1.

94 Van 43,7% in 1899 naar 30,5% in 1930 tot 19,5% in 1947, tot 2,8% in 1960. Plantenga 1993, p. 52-62.

95 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 7.

96 Plantenga heeft een verklaring gezocht voor de lage arbeidsparticipatie van gehuwde Nederlandse vrouwen in vergelijking met die van Duitse gehuwde vrouwen, waar de participatie van gehuwde vrouwen al in het Interbellum zo'n 30% was. Omdat het morele klimaat, het kostwinnersmodel in de wetgeving en het gebrek aan kinderopvang vergelijkbaar waren, moet de verklaring volgens haar gevonden worden in de hoge arbeidsproductiviteit in Nederland, en de mogelijk daarmee samenhangende hogere lonen. Plantenga 1993, p. 118-119 en p. 193.

bepaalde talenten of ervaring, en de bereidheid van de bonden om loon te matigen in ruil voor andere arbeidsvoorwaarden zoals arbeidsduurverkorting. Toch is er een aantal aanwijzingen dat lange tijd wel degelijk rekening werd gehouden met het feit dat de meeste werknemers hun gezin van het loon moesten kunnen onderhouden.

Tijdens het Interbellum werd in het parlement en de vakbeweging hevig gediscussieerd over een rechtvaardig arbeidsloon. Aan het ene front werd gestreden voor gelijk loon voor gelijke arbeid, de tegenstanders pleitten voor loon naar behoefte.⁹⁷ Vooral van katholieke zijde werd het rechtvaardig gezinsloon verdedigd.⁹⁸ In salarisregelingen van overheidspersoneel en ook in vele cao's werden kinderbijslagregelingen gemeengoed.⁹⁹ Om te voorkomen dat kinderrijke vaders duurder en dus onaantrekkelijke werknemers zouden worden, stelde Minister Aalbers al in 1922 voor werkgevers te verplichten om premies te storten in een rijkskinderfonds. Vanwege de slechte economische situatie werd het wetsvoorstel daartoe pas in 1938 ingediend door minister Romme.¹⁰⁰ In 1941 trad de Kinderbijslagwet¹⁰¹ in werking. Het uitgangspunt daarvan was, dat het toenmalige loon voldoende moest worden geacht voor een gezin van gemiddelde grootte, namelijk man, vrouw en twee kinderen.¹⁰² Bijslag werd toegekend aan arbeiders in dienst van een onderneming, voor elk wettig kind boven het aantal van twee. De uitkering was inkomensafhankelijk, in die zin dat een hoger inkomen een hogere uitkering met zich mee bracht. De premie werd betaald door werkgevers.¹⁰³

Tijdens en na de Tweede Wereldoorlog kwam de gedachte, dat het loon voldoende moest zijn voor een gezin met twee kinderen tot uitdrukking in de loonpolitiek. Tijdens de eerste oorlogsjaren kwamen arbeidsvoorwaarden tot stand onder streng toezicht van de overheid. Dit beleid werd voortgezet na de oorlog. Krachtens het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 moesten alle cao's ter goedkeuring worden voorgelegd aan een college van onafhankelijke deskundigen, het College van Rijksbemiddelaars.¹⁰⁴ Het college was bevoegd om cao's algemeen verbindend te verklaren en zelfs om geheel zelfstandig bindende loonregelingen op te leggen.¹⁰⁵ De zogeheten geleide loonpolitiek werd tot 1968 volgehouden.¹⁰⁶ Het college nam al tijdens de oorlog als uitgangspunt van zijn beleid een 'sociaal minimumloon'. Daarmee werd bedoeld het loon dat een gehuwde arbeider met twee kinderen moest verdienen om de noodzakelijke levensbehoeften te kunnen kopen en de vaste

97 Zie Pott-Buter 2001, p. 193.

98 Zie ook Dijsselbloem 1938, p. 49, die verwijst naar de pauselijke encyclieken *Quadragesimo Anno* van 1931 en *Divini Redemptoris* van 1937.

99 Damsma 1988, p. 238.; Pott-Butter 2001, p. 196.

100 Pott-Butter 2001, p. 196.

101 Wet van 23 december 1939, Staatsblad 12 januari 1940

102 Molenaar 1957, p. 497; Pott-Butter, 2001 p. 194; *Bijl. Hand. II*, 1938/39, nr. 250, p. 11, geciteerd in Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 117.

103 Pott-Buter 2001, p. 199; Mulder 1985, p. 15.

104 Dit college was in het leven geroepen in 1940 en had tot 1942 gefunctioneerd. Het was een samenvoeging van de rijksbemiddelaars, die vanaf 1923 op grond van de Arbeidsgeschiedenwet functioneerden (Fase 1980, p. 41).

105 Fase 1980, p. 47 e.v.; Molenaar, 1957, p. 74-75; Bakels 1987, p. 192-193.

106 Fase 1980, p. 375.

lasten te voldoen.¹⁰⁷ Op dit sociale minimum werd een verdergaande loondifferentiatie gebouwd, welke onder meer steunde op de aard van de verrichte arbeid en de geleverde prestaties.¹⁰⁸ In de naoorlogse jaren waren de aldus vastgestelde minimumlonen echter zeer laag. Daarom werd in 1946 al een tegemoetkoming gedaan aan werknemers met kinderen. Vanaf toen werd ook voor de eerste twee kinderen kinderbijslag gegeven.¹⁰⁹ Toch bleef gedurende de geleide loonpolitiek gehandhaafd het beginsel dat het loon voldoende hoorde te zijn voor het onderhoud van twee volwassenen en twee kinderen.¹¹⁰

Het uitgangspunt dat het minimumloon een behoefteloan was, leidde niet altijd tot een voor de werknemers bevredigend resultaat. Een voorbeeld daarvan was de vraag, wanneer een stijging van het minimumloon gerechtvaardigd was. Midden jaren zestig ontstond daarover verschil in opvatting tussen werkgevers en werknemersvertegenwoordigers, die in het kader van de geleide loonpolitiek onderhandelden over de stijging van het minimumloon. Werkgeversorganisaties meenden dat een stijging van het minimumloon alleen gerechtvaardigd was, voor zover de kosten van het levensonderhoud voor 'volwaardige werknemers kostwinners' waren gestegen. De werknemersorganisaties vroegen echter om een koppeling aan de stijging van de lonen in collectieve arbeidsovereenkomsten en andere bindende regelingen. Zij vonden met andere woorden, een stijging gerechtvaardigd in geval van groei van het algemene welstandsniveau. Deze impasse leidde ertoe dat de regering de hoogte van het minimumloon vaststelde. De impasse tussen werkgevers en werknemers was mede aanleiding voor de regering om te komen tot een wettelijke regeling inzake het minimumloon.¹¹¹

Gezinsloon of gelijk loon

De verschillen van inzicht tussen werkgevers en werknemers richtten zich niet alleen op de criteria voor het stijgen van het minimumloon, maar ook op de vraag of er recht was op gelijk loon voor gelijke prestaties. Deze kwestie werd uitvoerig besproken in verband met de discussie over de ratificatie van het verdrag no. 100 van de IAO, een verdrag uit 1951 waarin het recht van mannen en vrouwen op gelijk loon voor gelijke arbeidsprestaties was neergelegd. Werkgevers stelden zich op het standpunt dat het loon een behoefteloan was en dat het daarom terecht was om mannelijke werknemers een loon te verschaffen dat gebaseerd was op de minimumbehoeften van een gezin, en vrouwen niet. Ook vond een deel van de werkgevers dat het uitgangspunt van gelijk loon onvoldoende rekening hield met de 'eventueel aan de arbeid van vrouwen verbonden hogere productiekosten', waarbij

107 Memorie van toelichting Wetsvoorstel minimumloon, *Kamerstukken II* 1967/68, 9 574, nr. 3, p. 7.

108 Zie Levenbach 1955, p. 16 ev; Molenaar 1957, p. 500; Fase 1980, p. 44; p. 370; Bakels 1987, p. 193.

109 De regeling was als tijdelijk bedoeld en werd pas bij wijziging van 1 januari 1953 in de wet opgenomen, zie Mannoury 1972, p. 150; Mulder 1985, p. 16.

110 Memorie van toelichting Wetsvoorstel minimumloon, *Kamerstukken II* 1967/68, 9 574, nr. 3, p. 7. Zie Molenaar 1957, p. 500; Fase 1980, p. 373; Bakels 1987, p. 193.

111 Wetsvoorstel minimumloon, *Kamerstukken II* 1967/68, 9 574, nr. 3, p. 7-8.

men dacht aan eventueel hoger ziekteverzuim of lager rendement van opleiding en inwerkingstijd.¹¹² Werknemervertegenwoordigers verwierpen het beroep op het behoeftebeginsel, er op wijzend dat er geen verschil in beloning was tussen een gehuwde werknemer met twee kinderen of een met vier kinderen, noch tussen een gehuwde en een ongehuwde werknemer. Discriminatie naar behoefte zou volgens hen oneerlijke concurrentie op de arbeidsmarkt meebrengen, niet gebaseerd op verschillen in prestatie.¹¹³ Het standpunt van de regering in deze kwestie was dat het weliswaar rechtvaardig zou zijn om het beginsel te aanvaarden dat vrouwen recht hadden op gelijk loon voor gelijke prestaties, maar dat dit beginsel te zeer in strijd was met het toenmalige loongebouw en dat invoering ervan te grote repercussies voor de arbeidsmarkt zou hebben.¹¹⁴ Ondanks het feit dat de ondertekening van het Verdrag van Rome van 1957 (Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap) de regering krachtens art. 119 verplichtte tot het respecteren van het beginsel van gelijke beloning tussen mannen en vrouwen, heeft het College van Rijksbemiddelaars nog tot in 1965 cao's goedgekeurd, die in strijd waren met dit beginsel. Vanaf 1966 werden cao's afgekeurd als zij bepalingen bevatten waarin ongelijk loon werd toegekend, zij het alleen als dat gold voor loon voor precies dezelfde functies, en niet voor gelijkwaardige functies.¹¹⁵ In de periode voor de invoering van een wettelijk minimumloon, gedurende welke de regering de hoogte van het minimumloon vaststelde, werd het minimumloon eveneens tegen de zin van de werknemers alleen van toepassing verklaard op mannen, met de uitzondering dat voor dezelfde werkzaamheden, in de zogeheten gemengde functies, functies die zowel door mannen als door vrouwen werden verricht aan vrouwen hetzelfde loon moest worden betaald.¹¹⁶

De wet op het minimumloon: prestatie of behoefte?

In 1969 werd de geleide loonpolitiek verlaten door de inwerkingtreding van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML).¹¹⁷ In deze wet werden de geschetste tegenstellingen in opvattingen over de leidende beginselen bij het vaststellen van het minimumloon voorlopig geslecht. De hoogte van het minimumloon was blijkens de memorie van toelichting bij deze wet vastgesteld op een loon dat 'gelet op de algehele welvaartssituatie als een aanvaardbare tegenprestatie voor de in dienstbetrekking verrichte arbeid kon worden beschouwd'. Het minimumloon moest echter ook 'ten minste voldoende zijn om in het dagelijks levensonderhoud te voorzien'.¹¹⁸ Het minimumloon was dus in de ogen van de wetgever zowel

112 SER 1953/9, p. 37-38. Zie Fase 1980, p. 372.

113 Zie de Brief van de Raad van vakcentrales van 22 februari 1951, bijlage IV van SER 1953/9, p. 50 e.v.; Fase 1980, p. 371-372.

114 *Bijlagen Handelingen II* 1953/54, 3 421, p. 3. Dit standpunt werd gedeeld door de SER, zie SER 1953/9, p. 18. Zie Fase 1980, p. 371-372; Molenaar 1957, p. 497.

115 Fase 1980, p. 375.

116 *Kamerstukken II* 1967/68, 9 574, nr. 3, p. 7-8.

117 Wet van 27 november 1968, Stb. 1968, 657, i.w.tr. 23 februari 1969.

118 *Kamerstukken II* 1967/68, 9 574, nr. 3, p. 12 en p. 14.

gerelateerd aan prestatie als aan behoefte.¹¹⁹ Het minimumloon werd echter feitelijk niet gedifferentieerd naar behoefte. Voor iedereen die onder de werkingssfeer van de wet viel, was de hoogte van het minimumloon gelijk, ongeacht de vraag of de werknemer kostwinner was of niet. De minister zag als één van de belangrijkste aspecten van deze wet, dat er geen onderscheid gemaakt werd tussen mannen en vrouwen.¹²⁰ De hoogte van het minimumloon was bovendien tot stand gekomen middels onderhandelingen, en niet door een normatief (gezins)budget vast te stellen.¹²¹ Toch zijn in de wet en de uitwerking daarvan verschillende behoefte-elementen te onderkennen. Sommige van die behoefte-elementen verwijzen naar het kostwinnersmodel.

Dat het minimumloon als een 'behoefte-loon' werd gezien valt af te leiden uit het feit dat iemand die anderhalf of twee- of driemaal het normale aantal arbeidsuren bij dezelfde werkgever werkte, geen recht had op evenzovele malen het minimumloon, maar nog steeds slechts op het minimumloon.¹²² Het minimumloon was (en is) met andere woorden, geen minimumuurloon. Het behoeftebeginsel speelde voorts een rol bij de discussie over de minimumlonen voor jongeren. Werknemers onder de 24 jaar hadden aanvankelijk geen recht op minimumloon en vanaf 1974 op een lager minimumloon.¹²³ Het stellen van een dergelijke leeftijdsgrens was tot dan toe gebruikelijk, juist vanwege het ontbreken van kostwinnerschap van jonge werknemers. De discussie bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de WML ging vooral over de vraag of voor kostwinners beneden die grens dan geen uitzondering gemaakt kon worden. Dat werd door de minister niet wenselijk geacht, omdat dit element ook ontbrak bij de loonvorming in cao's, terwijl het partijen volgens hem vrij stond de kostwinner recht te geven op een hoger loon.¹²⁴

Verder gaf art. 10 lid 1 WML de minister de mogelijkheid om op verzoek van werkgevers voor bepaalde groepen werknemers het minimumloon op een lager bedrag vast te stellen, bijvoorbeeld als daar bij wijze van overgangsmaatregel behoefte aan bestond.¹²⁵ De minister heeft van deze uitzondering uitsluitend

119 De SER wilde in een advies over de wet nog unaniem aansluiten bij de behoefte van de werknemer en zijn gezin (SER 1966/3, p. 6.) In latere adviezen over de hoogte van het minimumloon namen met name de werknemersleden van de SER echter afstand van het behoefteloombeginsel ten gunste van het prestatieloon (zie Fase 1980, p. 350-351; SER 1970/8 p. 16; 1976/25, p. 7; 1978/13, p. 13).

120 *Kamerstukken II* 1967/68, 9 574, nr. 5, p. 1.

121 *Kamerstukken II* 1967/68, 9 574, nr. 3, p. 8; nr. 5, p. 5.; Verwey 1973, p. 357-362; Fase 1980, p. 351. Na de vaststelling van het eerste minimumloon in 1967 (vooruitlopend op de wet) is de hoogte van het minimumloon aangepast via een indexeringsstelsel aan de hand van loon- en prijspeilwijzigingen. Zie Vording 1993, p. 78.

122 *Kamerstukken II* 1967/68, 9 574, nr. 5, p. 5; Zie Ktg. Amsterdam 7 april 1983, Prg. 1983, 1949, p. 298 m.nt. W. Hesseling.

123 Met ingang van 1 januari 1974 werd een minimumloonregeling voor jeugdigen ingevoerd. Met ingang van 1 juli 1983 is dit KB vervangen door een ander besluit dat voor de betrokken werknemers minder gunstig is. KB van 29 juni 1983, houdende vaststelling van een minimumjeugdloonregeling, Stb. 1983, 300.

124 *Kamerstukken II* 1967/68, 9 574, nr. 5, p. 3.

125 *Kamerstukken II* 1967/68, 9 574, nr. 5, p. 4.

gebruik gemaakt ten aanzien van vrouwelijke werknemers.¹²⁶ Op grond van art. 10 lid 2 kon de minister een lager minimumloon vaststellen voor huishoudelijk personeel.¹²⁷ Ook deze uitzondering trof met name vrouwen.

Veelzeggend voor de doorwerking van het kostwinnersmodel was vooral het feit dat de WML niet van toepassing was op werknemers die minder dan een derde van de normale arbeidstijd werkzaam waren.¹²⁸ De Minister wilde aanvankelijk voorkomen dat deeltijdwerkers, veelal vrouwen die geen kostwinner waren, voordeliger zouden zijn dan werknemers in een volledige dienstbetrekking. Voltijdwerkers moesten, met andere woorden, worden beschermd tegen oneigenlijke concurrentie.¹²⁹ De meerderheid van de kamer was echter van mening dat voor deze concurrentie niet gevreesd behoeft te worden bij werknemers met een slechts geringe arbeidsduur, zodat hij zich niet langer verzette tegen een beperking in de werkingssfeer van de wet.¹³⁰

Als argument voor de aanwezigheid van het kostwinnersmodel in de WML kan ten slotte nog worden genoemd het feit dat er na invoering van de wet een relatie werd gelegd tussen het netto minimumloon en de hoogte van niet loongerelateerde uitkeringen. Het netto-minimumloon werd gehanteerd als maatstaf voor het 'sociaal minimum' voor een echtpaar.¹³¹

Sociale zekerheid en belastingen

Behalve in de arbeidswetgeving was de afstemming op het kostwinnersmodel ook terug te vinden in daarmee verwante rechtsgebieden. Dit model was vooral duidelijk herkenbaar in de grotendeels na de oorlog tot stand gekomen sociale zekerheidswetgeving.¹³² Vanwege de nauwe verwantschap met de arbeidsrelatie wordt hieronder aandacht besteed aan een aantal opvallende kostwinners-elementen in dat rechtsgebied.

Het kostwinnersbeginsel was ten eerste terug te vinden in het gegeven dat soms ook of vooral de niet-werkende gezinsleden van de kostwinner van de sociale verzekeringen profiteerden. Zo hadden alleen weduwen van een mannelijke werknemer recht op een AWW uitkering.¹³³ De ZFW wees als gratis meeverzekerde de

¹²⁶ Van art. 10 lid 1 is tot 1972 gebruik gemaakt. Zie Van het Kaar losbl., art. 10, aant. 1 en 2.

¹²⁷ Dit in verband met beloning in natura (kost en inwoning). Van art. 10 lid 1 is tot 1972 gebruik gemaakt, de uitzondering op grond van art. 10 lid 2 verviel per 1 januari 1971. Zie Van het Kaar losbl., art. 10, aant. 1 en 2.

¹²⁸ Art. 2 lid 3 sub b WML. Zie voor de positie van deeltijders eveneens par. 4.3.4.

¹²⁹ *Kamerstukken II* 1967/68, 9 574, nr. 3 p. 4. Zie ook Albers e.a. 1983, p. 73.

¹³⁰ *Handelingen II* 1967/68, p. 2830, 2835, 2869, 2870; Albers e.a. 1983, p. 73.

¹³¹ Per 1 juli 1968 werd de RWW-uitkering voor echtparen gekoppeld aan het minimumloon (Besluit van 17 september 1968, Stb. 1968, 50). Veel gemeenten pasten de bijstandsuitkeringen hieraan aan. Ook de uitkering voor echtparen op grond van de AOW werd tussen 1969 en 1974 geleidelijk gelijkgesteld aan het netto-minimumloon. In de Wet Aanpassingsmechanismen van 20 december 1979, Stb. 1979, 711, werd de koppeling tussen netto-minimumloon en minimumuitkeringen formeel in de wet vastgelegd. Zie Vording 1993, p. 65-70 en p. 92-93, p. 118.

¹³² Zie Asscher-Vonk 2001a; Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973.

¹³³ Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 24.

‘echtgenote en de kinderen’ van de verzekerde aan.¹³⁴ Verzekering of uitkering werd anderzijds dikwijls niet of minder nodig geacht in verband met arbeid die niet verricht werd door een kostwinner (meestal arbeid verricht door vrouwen). In de AOW was de gehuwde vrouw van het recht op uitkering uitgezonderd, behalve als de vrouw kostwinster was en haar man nog geen 65 was.¹³⁵ Tot 1965 kende de WW een differentiatie van de hoogte van de uitkering naar burgerlijke staat,¹³⁶ daarna werd een minimuminkomensgarantie ingevoerd die alleen van toepassing was op kostwinners.¹³⁷ In sommige uitkeringsregelingen werd de gehuwde vrouw uitgesloten van het recht op uitkering, zoals in de WWV en de AAW.¹³⁸ Arbeid met een geringe omvang per week, die vaak verricht werd door vrouwen die geen kostwinner waren, was voor ‘aan werknemers gelijkgestelde personen’ vanaf midden jaren zestig niet verzekerd in de werknemersverzekeringen.¹³⁹ Huishoudelijk personeel was zoals vermeld veelal uitgesloten.¹⁴⁰ WW-verzekerden die arbeid en zorg combineerden konden ten slotte niet altijd rekenen op inkomensvoorziening bij werkloosheid. Een vrouw van wie het aannemelijk was dat huishouding en verzorging van het gezin een volledige dagtaak opleverde, werd bijvoorbeeld ondanks het verlies van haar baan niet altijd als werkloos aangemerkt.¹⁴¹ Werkloosheid die ontstond doordat de vrouw bij huwelijk of zwangerschap ontslagen werd, werd aangemerkt als niet-onvrijwillige werkloosheid, als een dergelijk ontslag gebruikelijk was bij die werkgever.¹⁴² Werkloosheid die ontstond doordat de werknemer een voorkeur had voor bepaalde arbeidstijden in verband met zorgtaken, werd aangemerkt als een motief dat in de particuliere sfeer lag en leidde tot het niet geldend kunnen maken van het recht op uitkering.¹⁴³ Vrouwen die voorheen in deeltijd werkten en na het intreden van de werkloosheid weigerden om een voltijdsbaan te aanvaarden, werden aangemerkt als niet-onvrijwillig werkloos.¹⁴⁴

Het kostwinnersmodel was kortom duidelijk terug te vinden in het sociale zekerheidsstelsel. Werkgevers werden hier echter niet bijzonder zwaar mee belast.

134 Art. 4 lid 1 ZFW, Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 105.

135 Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 3-22.

136 Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 89: 80% voor ongehuwde mannen en kostwinners, 70% voor ongehuwde niet-kostwinners van 18 jaar en ouder die niet bij hun ouders inwoonden en 60% voor de overigen.

137 Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 65. Deeltijdwerkende kostwinners konden hiervan ook pro rata profiteren. Holtmaat 1984, p. 253.

138 WWV: tenzij zij als kostwinster kon worden beschouwd. Asscher-Vonk en Van den Heuvel, p. 66 en p. 99. AAW: vanaf 1976 tot 1980. Noordam 2002, p. 104 en p. 107.

139 Zie sinds 1967 het Rariteiten KB (Besluit van 27 juni 1967, Stb. 1967, 342). Volgens Asscher 2000 p. 210 waren deze personen niet zelden gehuwde vrouwen betrof die een verminderde behoefte aan bescherming zouden hebben.

140 De Ongevallenwet 1901 en de Ziektewet 1911 waren alleen van toepassing op arbeiders in dienst van een onderneming of een publiekrechtelijk lichaam. Jansen en Loonstra 2001, p. 9. De Invaliditeitswet verzekerde wel alle loonarbeiders inclusief dienstbodes. De WW sloot dienstbodes weer uit. Zie Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 49.

141 Asscher en Van den Heuvel, 1973, p. 92; zie bv. CRvB 21 december 1971, RSV 1972, 87; anders CRvB 11 november 1969, RSV 1970, 29; CRvB 18 mei 1971, RSV 1971, 218.

142 Riphagen 1985, p. 39-40 en Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 93 en de daar geciteerde jurisprudentie.

143 Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973, p. 97; bv. CRvB 18 februari 1969, RSV 1969, 74.

144 CRvB 4 november 1969, RSV 1970, 16; CRvB 4 november 1969, RSV 1970/17.

Hooguit kan gesteld worden dat zij soms door middel van premies meebetaalden aan de inkomensvoorziening van niet alleen de werknemer, maar ook van zijn gezin.¹⁴⁵

Daarnaast was het kostwinnersmodel terug te vinden in de belastingwetgeving. In de wet op de inkomstenbelasting 1964 werd het inkomen van de gehuwde vrouw voor de belastingheffing bijvoorbeeld aangemerkt als bestanddeel van het belastbare inkomen van haar man. Door het progressieve tarief had dat tot gevolg dat het inkomen van de vrouw de facto hoger werd belast.¹⁴⁶ Ook de infrastructuur was afgestemd op het traditionele gezin. Schooltijden en openingstijden van winkels en instituten waren afgestemd op de veronderstelling dat er van het gezin één lid vrijgesteld was van het verrichten van voltijds betaald werk buitenshuis. De wet- en regelgeving waarin dit gegeven is terug te vinden, valt verder buiten het bestek van dit onderzoek.

Tussenconclusie

In arbeidswetgeving, sociale zekerheidswetgeving en fiscale wetgeving was in ieder geval tot halverwege de jaren zeventig het kostwinnersmodel terug te vinden. Deze wetgeving was derhalve in zekere zin afgestemd op het gegeven dat de mannelijke kostwinner voltijds beschikbaar was voor werk. Daarmee verdiende hij een inkomen dat voldoende behoorde te zijn voor het onderhouden van zijn gezin. Zijn vrouw was op die manier ‘vrijgesteld’ van betaalde arbeid, ten behoeve van het verrichten van zorgtaken. Gezinnen die vrijwillig of uit noodzaak een andere keuze maakten voor de verdeling van arbeid en zorg, ontmoetten moeilijkheden op hun weg. Vrouwelijke werknemers konden tot halverwege de jaren zeventig bijvoorbeeld gemakkelijker ontslagen worden dan mannelijke werknemers. Zij verdienden veelal minder, en hadden bij verlies van verdien capaciteit minder vaak recht op een uitkering.

Vanuit het standpunt van werkgevers kan weliswaar gezegd worden dat zij ook onder de vigeur van het kostwinnersmodel, belast werden met verantwoordelijkheid voor het privéleven van werknemers. De wet maximeerde immers de arbeidstijden van werknemers, ten gunste van (onder andere) hun gezinsleven. Voor werkgevers was de afstemming van het recht op het kostwinnersmodel voor het overige echter weinig problematisch. Zij konden doorgaans rekenen op een relatief ruime beschikbaarheid van hun (mannelijke) werknemers, en konden eventueel wegens zorgtaken minder beschikbaar geworden (vrouwelijke) werknemers zonder problemen ontslaan. Van het loongebouw kon weliswaar gezegd worden dat dit was afgestemd op het feit dat werknemers een gezin te onderhouden hadden, zodat werkgevers als het ware meebetaalden aan het gezin van werknemers. Deze financiële bijdrage aan het gezinsleven van werknemers was ook terug te zien in premieplichten zoals de

¹⁴⁵ Werkgevers betaalden gedeeltelijk mee aan de werknemersverzekeringen. Zo hadden zij een (historisch gezien wisselend) aandeel in de financiering van de ZFW, de WW en de AAW/WAO. Vgl Van den Berg 2010, par. 1.4.3. De kinderbijslag werd betaald door werkgevers. Zie Mulder 1985, p. 15. Vanaf 1989 werd het betaald uit de algemene middelen (Wet van 27 april 1989, Stb. 1989, 127).

¹⁴⁶ Asscher en van den Heuvel 1973, p. 19. Zie SER 1966/15, p. 31.

premie voor kinderbijslag. In werkelijkheid zal dit echter geen zware last zijn geweest voor werkgevers. Dat valt af te leiden uit het feit dat juist de afstemming van het loongebouw op het behoeftebeginsel een argument vormde om loonstijgingen tegen te houden of om vrouwen een lager loon te betalen. Afstemming van het loongebouw op bijvoorbeeld het prestatiebeginsel in plaats van het behoeftebeginsel zou in de toenmalige beleving van wetgever en werkgevers dan ook een lastenverzwaring voor werkgevers opleveren. Bovendien kan gesteld worden dat de 'financiering' van het gezinsleven van werknemers door werkgevers via de bodem in het loongebouw en via premies, een relatief niet zwaarwegende last was, omdat deze last vrij gelijkmatig gespreid was over alle werkgevers. Het minimumloon was immers voor alle (meerderjarige, mannelijke) werknemers en dus ook voor alle werkgevers even hoog. De hoogte van de premies voor de werknemersverzekeringen werd landelijk of sectorgewijs vastgesteld. Deze financiële lasten brachten dus geen concurrentienadelen of voordelen tussen werkgevers, verbonden aan het al dan niet in dienst nemen van werknemers met gezinnen.

Werkgevers profiteerden kortom van het kostwinnerstelsel. Dat profijt lag ook in de voorspelbaarheid die de nagenoeg uniforme keuze van de Nederlandse gezinnen voor het kostwinnersmodel meebracht. De van werknemers te vergen arbeidstijdpatronen en de aan de arbeid verbonden kosten waren in dit stelsel in hoge mate voorspelbaar. De ongelijke behandeling van vrouwen maakte vrouwen bovendien relatief goedkoop als arbeidskracht. Het afstappen van het kostwinnerstelsel is, zoals hierna zal blijken, geïnitieerd door de introductie van het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. Dat is gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht een verandering die alleen maar ten koste kon gaan van werkgevers. Toch waren er behalve ideële argumenten, ook economische argumenten om van het kostwinnerstelsel af te stappen, waardoor deze overstap ook voor werkgevers gunstig zou kunnen zijn. In de volgende paragraaf wordt nader bestudeerd hoe en met welke gevolgen het recht op gelijke behandeling zijn intrede deed in de Nederlandse arbeidswetgeving.

4.2.2 Van kostwinnersmodel naar gelijke behandeling

Maatschappelijk gezien waren de jaren vijftig de hoogtijdagen van het kostwinnersmodel. Echter, al vanaf diezelfde jaren vijftig kwamen er scheuren in de dominantie van dit model. In wetgeving was al zichtbaar dat er een verplaatsing op handen was van het traditionele gezin naar het individu als basis van de inrichting van het arbeidsbestel. Zo ontstond in de jaren vijftig een discussie over het verplichte ontslag van huwende ambtenaressen, dat leidde tot de afschaffing ervan in 1957. Een krappe kamermeerderheid oordeelde dat "het niet op de weg van de staat lag de arbeid van de gehuwde vrouw te verbieden".¹⁴⁷ Wel bleef bij overtolligheid van personeel het kostwinnerschap voorlopig nog een criterium voor het bepalen van de

¹⁴⁷ Citaat uit de zogeheten Motie-Tendeloo, *Kamerstukken II* 1954/55, 4 075 (motie van orde van mejuffrouw Tendeloo betreffende de arbeid van de gehuwde vrouw), waarin de regering met een zeer krappe meerderheid (44-46) werd verzocht hiermee strijdende voorschriften af te schaffen, Zie Wentholt 1990b, p. 30.

volgorde van ontslag.¹⁴⁸ Daarnaast werd de handelingsonbekwaamheid van gehuwde vrouwen opgeheven in 1957.

Art. 119 van het Verdrag van Rome van 1957 (het Verdrag ter oprichting van de Europese Economische Gemeenschap) verplichtte de regering zoals vermeld tot het respecteren van het beginsel van gelijke beloning tussen mannen en vrouwen. Het artikel was een voorstel geweest van Frankrijk, een land waarin sinds de Tweede Wereldoorlog vrouwen een relatief groot gedeelte van de beroepsbevolking vormden en waar het recht op gelijk loon voor gelijke arbeid sinds 1946 was geaccepteerd.¹⁴⁹ De Nederlandse regering had zich verzet tegen opname van dit artikel in het verdrag.¹⁵⁰ De Nederlandse regering erkende wel het gewicht van het gelijkheidsbeginsel, maar was bang dat een abrupte introductie van het recht op gelijk loon een te grote belasting voor het Nederlandse bedrijfsleven zou vormen. Het beginsel zou geleidelijk worden doorgevoerd. Dat gegeven vormde zoals besproken ook de reden dat de ratificatie van het verdrag no. 100 van de IAO uit 1951 werd uitgesteld.¹⁵¹ Overigens werd ook in andere lidstaten aan art. 119 aanvankelijk weinig gevolg gegeven.¹⁵²

In de WML van 1969 was het beginsel van gelijke rechten voor voltijdsfuncties doorgevoerd, op een paar tijdelijke uitzonderingen na (zie hierover ook par. 4.2.1 en par. 4.3.4). Uit onderzoek bleek dat het gelijke loon voor de zogeheten gemengde functies, functies die zowel door mannen als door vrouwen werden verricht, in 1971 vrijwel overal was gerealiseerd. Dit bracht de regering er uiteindelijk toe het Verdrag betreffende gelijke beloning (IAO-verdrag 100) ter ratificatie aan de Tweede kamer voor te leggen.¹⁵³ Ook valt te melden dat op het gebied van de arbeidstijden begin jaren zeventig het onderscheid tussen de bescherming van de ongehuwde en de gehuwde vrouw c.q. de vrouw die 'een huishouding te verzorgen had' verdween. Extra bescherming was volgens de minister niet meer nodig, omdat dit moest worden beschouwd als een niet meer gemotiveerde beperking van de ontplooiingsmogelijkheden van de gehuwde vrouw. Diverse factoren hadden er volgens de minister toe geleid dat de gehuwde vrouw makkelijker buitenshuis kon werken, zoals de vermindering van de gemiddelde grootte van de gezinnen, de mechanisering van de huishouding en de meer doelmatig ingerichte behuizing. Hij zag dan ook geen taak meer voor de overheid om de gehuwde vrouw te beschermen, maar wilde

148 Art. 96 lid 3 ARAR, geschrapt bij KB van 1 augustus 1979, Stb. 1979, 472.

149 Een gangbare verklaring voor de opname van dit artikel in het verdrag is dat Frankrijk waakte tegen een concurrentienadeel met de andere Lidstaten. Hepple 2009, p. 137-138.

150 Burri 2000, p. 260, noot 199 vermeldt dat Nederland zich van alle lidstaten nog het meest verzette tegen de regeling, omdat de loonverschillen tussen mannen en vrouwen relatief groot waren.

151 *Bijlagen Handelingen II* 1953/54, 3 421, p. 3; *Handelingen II* 1954/55, 18 maart 1955. Zie Molenaar 1957, p. 497.

152 Hepple 2009, p. 138; zie ook de brief van de minister BuZa over Verdrag no. 100, *Kamerstukken II* 1970/71, 11 216, nr. 1.

153 *Kamerstukken II* 1970/71, 11 216, nr. 1. Zie voor de ratificatie Trb. 1971, 134.

het aan man en vrouw samen overlaten of een vrouw met gezinsverantwoordelijkheid aan de arbeid wilde deelnemen.¹⁵⁴

Aanvankelijk werd de afschaffing van kostwinnersbepalingen of openlijk onderscheid naar geslacht blijkens deze toelichting nog wel gemotiveerd vanuit de gedachte dat de overheid zich niet diende te mengen in de keuzes die gezinnen maakten voor de verdeling van arbeid en zorg. De wetgever legitimeerde zijn optreden ten gunste van de gehuwde vrouw als het ware met behulp van de klassieke liberale onthoudingsdoctrine.¹⁵⁵ Vanaf midden jaren zeventig kwam zowel in Europees verband als bij de Nederlandse overheid echter een actiever emancipatiebeleid betreffende de arbeidsmarktpositie van de vrouw op gang.¹⁵⁶

Uitgangspunt voor het te voeren regeringsbeleid zoals geformuleerd in 1976 was de overtuiging van het kabinet dat 'de maatschappij ieder mens zoveel mogelijk ruimte behoort te bieden om zich naar individuele aanleg en voorkeuren een zinvolle en gerechtvaardigde plaats in de samenleving te verwerven.' Een systeem van maatschappelijke rolverdeling dat aan individuen, ongeacht aanleg en voorkeuren, rollen oplegde op basis van geslacht, was daarmee volgens het kabinet in strijd.¹⁵⁷ Het ging de regering derhalve kortgezegd om het creëren van grotere keuzevrijheid voor vrouwen. De bevordering van emancipatie van de vrouw juist op het terrein van de betaalde arbeid was volgens het kabinet belangrijk niet omdat (betaalde) arbeid alleen zaligmakend zou zijn, maar omdat aan de gelijkheid van man en vrouw in de arbeid nog veel schortte, en ook wegens de betekenis die een grotere deelname van de vrouw aan het arbeidsproces kon hebben voor haar positie in andere sectoren van de maatschappij.¹⁵⁸ Niettemin werd ter legitimatie voor het ingrijpen van de wetgever daarnaast regelmatig verwezen naar maatschappelijke belangen bij de deelname van vrouwen aan betaalde arbeid, zoals de gedachte dat belemmeringen moesten worden weggenomen om te bevorderen dat 'maatschappelijke taken worden verricht door degenen die daarvoor het best zijn toegerust', en de economische behoefte aan een hogere participatiegraad in de Nederlandse economie.¹⁵⁹ Vanaf de jaren zestig maakten de regering en de sociale partners zich al zorgen om een oplopend tekort aan (vrouwelijke) arbeidskrachten, zo blijkt uit diverse adviesaanvragen aan bijvoorbeeld de SER.¹⁶⁰

154 Zie SER 1971/7, met als bijlage de Brief van de minister van SZW van 22 januari 1971, p. 6; Rijksbegroting SZ 1972, *Kamerstukken II* 1971/72, 11 500 XV, nr. 2, p. 29.

155 Een zelfde 'onthoudingsplicht' sprak uit de motie-Tendeloo, waarin de regering werd verzocht de wetgeving aan te passen aan het uitgangspunt dat "het niet op de weg van de staat lag de arbeid van de gehuwde vrouw te verbieden". *Kamerstukken II* 1954/55, 4 075.

156 Wentholt 1990b, p. 32 noemt voor Nederland als startpunt de installatie van de Emancipatiecommissie, voorloper van de Emancipatieraad, in 1974. Monster 1995, p. 37, noemt als startpunt van het emancipatiebeleid *Kamerstukken II* 1975/76, 13 943, Emancipatie van de vrouw en *Kamerstukken II* 1976/77, 14 496, Emancipatie, proces van verandering en groei.

157 Zie SER 1979/17, bijlage A bij de adviesaanvraag van 15 juni 1976, p. 13.

158 Zie SER 1979/17, bijlage A bij de adviesaanvraag van 15 juni 1976, p. 8.

159 Zie SER 1979/17, bijlage A bij de adviesaanvraag van 15 juni 1976, p. 3 en p. 13.

160 De Commissie van advies voor de arbeid van vrouwen en meisjes, 'Advies inzake het tekort aan vrouwelijke arbeidskrachten' 1963; Interimadvies over arbeid van vrouwen in Nederland in het kader van de situatie op de arbeidsmarkt en het te voeren arbeidsmarktbeleid; SER 1966/15. Het laatstgenoemde advies is een antwoord op de vraag na te gaan in hoeverre het →

In EG-verband werd het recht op gelijke behandeling van art. 119 EG-verdrag uitgewerkt in enkele richtlijnen.¹⁶¹ De Nederlandse wetgever liep hier al enigszins op vooruit door de introductie van een recht op gelijk loon voor arbeid van gelijke waarde in 1975.¹⁶² In het verlengde hiervan lag de introductie in het BW in 1976 van ontslagverboden wegens huwelijk en bevalling en gedurende de zwangerschap en enige tijd na de bevalling.¹⁶³ Het hoofdmotief van de wetgever was daarbij het beginsel, 'dat ten aanzien van de arbeidsverhoudingen geen discriminerende verschillen tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers mogen bestaan'.¹⁶⁴ De richtlijnen voor de toepassing van het BBA waren aangepast aan deze ontslagverboden, in de zin dat geen toestemming voor ontslag kon worden verleend bij ontslag tijdens de in art. 1639h lid 4 BW verboden periode en voor ontslag wegens huwelijk en wegens bevalling.¹⁶⁵ In 1980 werd het recht op gelijk loon uitgebreid met het recht op gelijke behandeling op het vlak van onder andere de aanbidding van een betrekking, het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderwijs, in de arbeidsvoorwaarden, bij de bevordering en bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst.¹⁶⁶ Verboden was daarbij het maken van zowel 'onmiddellijk' als 'middellijk' onderscheid tussen mannen en vrouwen. Wat dit precies betekende, zou onder andere aan bod komen in jurisprudentie van het Hof van Justitie. Dit onderwerp wordt verder besproken in hoofdstuk 5.

Zoals beschreven in hoofdstuk 3, leidde de aandacht voor emancipatie van de vrouw eind jaren tachtig voorts tot het afschaffen van bijzondere beschermende bepalingen voor vrouwen in de Arbeidswet 1919, met uitzondering van de bescherming van het biologisch moederschap. In het sociale zekerheidsrecht werd in deze periode de verwijzing naar het geslacht van verzekerden of uitkeringsgerechtigden geleidelijk

arbeidsmarktbeleid nog meer kan worden afgestemd op de bevordering van een optimale economische groei (p. 3). Zie voorts SER 1973/02, dat een vervolg is op SER 1966/15. Uitgangspunt van de adviesaanvraag is een duurzaam tekort op de arbeidsmarkt (p. 3). De leden van de SER schaarden zich zonder meer achter de gedachte dat belemmeringen voor arbeidsparticipatie van vrouwen zo veel mogelijk dienden te worden weggenomen. SER 1966/15, p. 4; SER 1973/02, p. 19.

161 Bijvoorbeeld het recht op gelijk loon (75/117), gelijke behandeling in het arbeidsproces (76/207); en gelijke behandeling in de sociale zekerheid (79/7). Zie uitvoerig hoofdstuk 5.

162 Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen, wet van 20 maart 1975, Stb. 1975, 129. In de Memorie van toelichting wordt ter motivering voor het wetsvoorstel onder andere verwezen naar art. 119 EG-verdrag en IAO-verdrag no. 100 (*Kamerstukken II* 1973/74, 13 031, nr. 3, p. 1). In *Kamerstukken II* 1973/74, 13 031, nr. 5 wordt gerefereerd aan de afstemming van het wetsvoorstel op de Europese Richtlijn die op dat moment in voorbereiding kwam.

163 Wet van 6 mei 1976, Stb. 1976, 295, i.w.tr. 1 augustus 1976.

164 Dit motief staat niet in de Memorie van Toelichting, maar in SER 1966/15, waarnaar in de memorie van toelichting wordt verwezen. Zie ook Van den Heuvel 1974, p. 223.

165 Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 67 noot 12. Zij verwijzen naar de Circulaire van de plaatsvervangend directeur-generaal voor de Arbeidsvoorziening van 29 juli 1976, Jura nr. 180304, zoals gewijzigd bij de Circulaire van 29 september 1976, Jura nr. 177930, inhoudende voorlopige richtlijnen inzake de Wet van 6 mei 1967 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met een ontslagverbod bij huwelijk, zwangerschap en bevalling.

166 Art. 1637j BW, ingevoerd bij wet van 1 maart 1980, Stb. 1980, 86 (Wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen); wet Gelijke Behandeling van Mannen en vrouwen in de burgerlijke openbare dienst, Stb. 1980, 384.

geschrap¹⁶⁷. Bij sommige uitkeringen bleef het kostwinnerschap niettemin relevant. Voor zover die uitkeringen voorzagen in een minimum-behoefte, leverde dit volgens het Hof van Justitie geen strijd op met het beginsel van gelijke behandeling.¹⁶⁸

Tussenconclusie

Zoals betoogd in par. 4.2.1, was het na-oorlogse Nederlandse arbeidsrecht tot op zekere hoogte afgestemd op het kostwinnersbeginsel. Dat veranderde vanaf eind jaren zestig, begin jaren zeventig, vooral door het streven naar emancipatie van de vrouw en het bevorderen van haar arbeidsdeelname. Kort samengevat waren in 1990 in de relevante arbeidsrechtelijke regelingen zoals het BW, de Arbeidswet 1919 en in het ontslagrecht de verwijzingen naar het geslacht van de werknemer grotendeels verdwenen, behoudens het recht op gelijke behandeling op grond van geslacht en bescherming van het biologische moederschap. Expliciete verwijzingen naar het kostwinnerschap waren in het arbeidsrecht ook verdwenen, hoewel sporen ervan nog wel aanwezig waren in de Wet minimumloon, en in sommige sociale verzekeringen. Het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen was wettelijk gegarandeerd. De betekenis daarvan wordt behandeld in hoofdstuk 5. Deze veranderingen in het recht betekenden nog niet, dat werknemers met zorgtaken zonder problemen konden deelnemen aan betaalde arbeid. De juridische positie van werknemers met zorgtaken omstreeks 1990 wordt behandeld in de volgende paragraaf.

4.3 De positie van werknemers met zorgtaken omstreeks 1990

In deze paragraaf is aandacht voor de positie van de werknemer met zorgtaken omstreeks 1990. Uit de mate waarin deze werknemer beschermd werd, kan worden afgeleid hoe zwaar de werkgever 'belast' werd met verantwoordelijkheden voor het privéleven van de werknemer in deze periode. Als eerste wordt aandacht besteed aan de rechtspositie van de werknemer met een reguliere arbeidsrelatie. Bezien wordt van welke rechten op verlof of aanpassing van de arbeidsduur de werknemer gebruik kon maken om fricties tussen arbeidstijd en zorgtaken op te lossen (par. 4.3.1). Daarna wordt bekeken welke inkomensbescherming geregeld was tijdens verlof (par. 4.3.2). Ten slotte wordt gezien welke ontslagbescherming verbonden was aan het gebruik maken van vormen van verlof (par. 4.3.3). Daarna wordt de positie van werknemers met zorgtaken behandeld die zich niet voltijds beschikbaar stelden in een reguliere arbeidsrelatie, maar wegens hun zorgtaken in deeltijd werkten of in flexibele arbeidsrelaties (par. 4.3.4). Afgesloten wordt met een overzicht van de bemoeienis van de wetgever met kinderopvang tot omstreeks 1990 (par. 4.3.5).

¹⁶⁷ De wetgever was hiertoe gehouden op grond van Richtlijn 1979/7/EEG van 19 december 1978, inzake de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (PbEG 1979, L 6/24). Zie Asscher-Vonk 2001a, p. 218.

¹⁶⁸ HvJ EG 11 juli 1987, C-30/85, RSV 1988/172 m.nt. A.W. Govers onder RSV 1988/173 (*Teuling-Worms*, minimuminkomen garantie AAW afgestemd op kostwinnerschap geen verboden indirect onderscheid).

4.3.1 Zorgverlof

De Arbeidswet 1919 kende een bijzondere bescherming van kinderen en vrouwen. De praktische betekenis van de beschermingsregels voor vrouwelijke werknemers zou echter lange tijd gering zijn, aangezien vrouwen met gezinsverantwoordelijkheden vanaf de jaren dertig van de arbeidsmarkt verdwenen.¹⁶⁹ Toen vrouwen vanaf de jaren zeventig steeds vaker gingen deelnemen aan de betaalde arbeid, verdween de speciale bescherming, met uitzondering van de bescherming van het biologisch moederschap. In 1989 waren alle voor vrouwen afwijkende bepalingen met betrekking tot werkdur, overwerk en zondagarbeid komen te vervallen. Alleen voor zwangere vrouwen bleven uitzonderingen bestaan inzake nachtarbeid en overwerk. Desgevraagd dienden de arbeids- en rusttijden van een zwangere werkneemster te worden afgestemd op haar specifieke omstandigheden. De werkneemster moest zelf een verzoek tot aanpassing van de werktijden indienen (art. 10a Arbeidswet).¹⁷⁰ Een speciale bescherming voor vrouwen was voorts opgenomen in art. 11 Aw, volgens welke zij geen arbeid mocht verrichten gedurende acht weken na een bevalling. Sinds 1930 bestond een recht op zwangerschaps- en bevallingsuitkering.¹⁷¹ Strikt genomen was er geen wettelijk recht op verlof gedurende de periode van arbeidsverbod of uitkering. Het praktisch belang van dit uitkeringsrecht ontstond pas bij introductie van het ontslagverbod bij huwelijk, zwangerschap en bevalling in 1976 (art. 1639h lid 4 BW). Dit opzegverbod tijdens de zwangerschap en het bevallingsverlof maakte het verschil met een recht op verlof verwaarloosbaar.¹⁷² De duur van het 'verlof' behoorde overigens tot de kortste van Europa.¹⁷³ Ten slotte kon nog gewezen worden op art. 11 lid 2 Arbeidswet, ingevoerd in 1919, volgens welke de werkneemster behoorlijk in de gelegenheid moest worden gesteld om haar kind te zogen.

¹⁶⁹ Zie par. 4.1.2; zie Monster 1995, p. 32.

¹⁷⁰ Monster 1995 p. 213. In 1995 was over de naleving ervan nog niets bekend. Het feit dat werkneemsters zelf initiatief moesten nemen om verschoond te blijven van nachtarbeid en overwerk, was per amendement in de wet gekomen omdat 'arbeidsverboden voor vrouwen uit de tijd waren', zie *Kamerstukken II* 1988/89, 20 689, nr. 15, afkomstig van de vrouwelijke kamerleden Rempt-Halmans de Jongh en Soutendijk-Van Appeldoorn. In de literatuur werd opgemerkt dat hiermee de binnen de arbeidsorganisatie levende machtsverhoudingen werden miskend, en de noodzakelijk geachte arbeidsbescherming van zwangere vrouwen illusoir werd gemaakt (Wentholt 1990a p. 446; 1990b, p. 117; Rümke 1989, p. 147-148).

¹⁷¹ Vanaf inwerkingtreding in ZW in 1930 was de zwangerschapsuitkering c.q. de bevallingsuitkering gesteld op een periode van 6 weken, ter voldoening aan het in 1919 tot stand gekomen IAO-verdrag nr. 103 Verdrag ter bescherming van het moederschap (zie Monster 1995, p. 31). Ongehuwde vrouwen waren aanvankelijk uitgesloten van uitkering. In 1985 bestond het recht nog steeds gedurende zes weken voor en zes weken na de bevalling (art. 29 lid 7 ZW). Zie uitvoerig Monster en Timmers-de Vin 1989, hoofdstuk 9.

¹⁷² Zie Monster 1995, p. 19: uit de parlementaire behandeling van art. 11 Arbeidswet is niet op te maken dat het werd opgevat als een recht op verlof. Dat valt ook af te leiden uit het feit dat in de eerste decennia na 1907 de arbeidsverhouding vaak als beëindigd werd beschouwd op het moment dat de werkneemster verzuimde in verband met de naderende bevalling of vanwege het arbeidsverbod. Van ontslagbescherming was toen nog geen sprake. In 1976 werd het ontslagverbod bij huwelijk, zwangerschap en bevalling in de wet opgenomen (art. 1639h lid 4 BW). De regeling bracht mee dat tijdens de periode waarin vrijaf werd genomen in verband met de naderende bevalling, de arbeidsovereenkomst in stand bleef (Monster 1995, p. 33), zodat vanaf toen het verschil met een 'verlofrecht' klein was.

¹⁷³ Zie Elzinga en Prechal 1985.

Eventueel kon de werknemer met zorgtaken calamiteitenverlof opnemen. Men had immers recht op doorbetaling van loon bij 'zeer bijzondere, buiten zijn schuld ontstane omstandigheden, die hem verhinderden zijn arbeid te verrichten' (1638c lid 1). Er kon echter aan getwijfeld worden, of de werknemer met succes een beroep kon doen op dit artikel in het geval van bijvoorbeeld ziekte van een thuiswonend kind. De wetgever had geen zorgtaken genoemd als voorbeeld van zeer bijzondere, buiten zijn schuld ontstane omstandigheden. Voorbeelden in art. 1638c lid 4 BW waren het overlijden van huisgenoten of bloed- en aanverwanten of de bevalling van de echtgenote, maar niet een immers niet zeer bijzondere omstandigheid als ziekte van jonge kinderen, echtgenoot of naasten. In de jurisprudentie kwam als bijzondere omstandigheid voor het huwelijk van de werknemer.¹⁷⁴ Ziekte van de vader van een werknemer was in de rechtspraak niet als zodanig aangemerkt.¹⁷⁵

Voorts kon een werknemer vakantiedagen opnemen bij onverwachte zorgtaken. Vanaf 1988¹⁷⁶ was de minimum termijn per jaar voor alle voltijds werkende werknemers gesteld op vier weken. Deeltijdwerknemers hadden recht op vakantie naar rato. Dit was geen onfeilbare manier om onverwachte zorgverplichtingen te kunnen opvangen. De zeggenschap van de werknemer over de opname van de vakantiedagen was namelijk niet zo groot. Als het tijdstip van aanvang en einde van de vakantie niet tevoren was geregeld in een reglement of een individuele of collectieve arbeidsovereenkomst, mocht de werkgever het tijdstip vaststellen, zij het tijdig en na overleg met de werknemer (art. 1638gg). Voor het opnemen van 'snipperdagen', bijvoorbeeld wegens zorgtaken, had de werknemer derhalve de toestemming van de werkgever nodig. Die toestemming mocht de werkgever evenwel niet naar willekeur onthouden. In een geschil over een snipperdag wegens een religieuze feestdag, overwoog de Hoge Raad zoals besproken in par. 3.6.5 dat in de regel de aanwezigheid op het werk in redelijkheid niet kan worden verlangd van een werknemer die tijdig tevoren, onder opgaaf van redenen, toestemming voor het opnemen van een snipperdag heeft gevraagd voor de viering van een voor hem belangrijke godsdienstige feestdag, tenzij het bedrijf ernstig zou worden geschaad door de afwezigheid van die werknemer op die dag.¹⁷⁷ Voorwaarde voor het kunnen opnemen van een snipperdag wegens zorgtaken was derhalve in ieder geval, dat een verzoek daartoe tijdig en onder opgaaf van redenen werd gedaan, zodat de werkgever het belang van de werknemer bij het opnemen van de snipperdag kon afwegen tegen het bedrijfsbelang. Voor onverwacht opkomende 'zorgtaken', zoals de zorg voor een ziek kind, kon de mogelijkheid vakantiedagen op te nemen dus niet altijd baten.

De mogelijkheid vakantiedagen op te sparen om op een door de werknemer gewenst tijdstip op te nemen, was ten slotte beperkt. Volgens art. 1638ll BW verjaarde ieder vorderingsrecht tot toekenning van vakantie na verloop van twee jaren na het tijdstip, waarop de aanspraak was ontstaan. Wel kon de werknemer eventueel opgespaarde

174 Kt. Amsterdam 22 oktober 1923, R.B.A. XI, 100.

175 Kt. Breda 13 juni 1923, *NJ* 1924, p. 468. Zie Molenaar 1957, p. 87.

176 Bij wet van 9 juni 1988, *Stb.* 1988, 281.

177 HR 30 maart 1984, *NJ* 1985, 350 m.nt. EAA (*Inan/de Venhorst*).

vakantiedagen na het einde van de dienstbetrekking 'meenemen' naar een volgende werkgever (art. 1639ii BW).

In cao's bestonden eind jaren tachtig nog weinig rechten op verlof in verband met ouderschap of andere zorgtaken. Hier en daar was een recht voor vrouwelijke werknemers op onbetaalde verlenging van het bevallingsverlof opgenomen. In een onderzoek uit 1983 werd aangetroffen het verlof bij de ernstige ziekte van de echtgenote, kinderen of ouders en doktersbezoek.¹⁷⁸ Voor vaders bevatten sommige cao's een uitbreiding van het wettelijke kraamverlof (art. 1638c lid 4 BW) van enkele dagen. Een langer durend deeltijdverlof voor ouders bestond echter niet.¹⁷⁹

4.3.2 *Inkomensbescherming tijdens zorgverlof*

Voor alle hierboven besproken wettelijke verloven die konden worden gebruikt voor zorgtaken, was gezorgd voor inkomensbescherming. Inkomensverlies wegens zwangerschapsverlof was zoals vermeld al vanaf 1930 verzekerd in de werknemersverzekeringen.¹⁸⁰ De hoogte van de uitkering was ten opzichte van de gewone Ziektewetuitkering van 70% verhoogd tot 100% van het gemaximeerde dagloon.¹⁸¹ Ook buiten de verlofperiode konden werkneemsters recht op een uitkering hebben op grond van de Ziektewet, namelijk bij verzuim wegens arbeidsongeschiktheid door zwangerschap of bevalling. Recht op doorbetaling van loon bestond verder van oudsher bij calamiteitenverlof (art. 1638c BW). Aangenomen werd dat over de zoogtijd op grond van art. 11 lid 2 Arbeidswet recht op loon bestond.¹⁸² Ten slotte had de werkneemster bij het opnemen van vakantiedagen recht op doorbetaling van loon (art. 1638hh BW).

4.3.3 *Ontslagbescherming en zorgverlof*

Sinds 1953 bestond een ontslagverbod tijdens ziekte.¹⁸³ Dit verbod kon ook ingeroepen worden bij ongeschiktheid tot werken tijdens zwangerschap of bevallen.¹⁸⁴ In 1976 werd een ontslagverbod wegens huwelijk en bevalling, en tijdens de

¹⁷⁸ Albers e.a. 1983, p. 102; Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 203.

¹⁷⁹ Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 147; p. 202-203. Zij citeren FNV Draaiboek cao-onderhandelingen gericht op de verbetering van de positie van vrouwelijke werknemers, herziene versie 1988-1989, een uitgave van het FNV Vrouwensecretariaat.

¹⁸⁰ Vanaf inwerkingtreding in ZW in 1930 was de zwangerschapsuitkering en de bevallingsuitkering gesteld op een periode van 6 weken, ter voldoening aan het in 1919 tot stand gekomen IAO-verdrag nr. 103 Verdrag ter bescherming van het moederschap, zie Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 31. Ongehuwde vrouwen waren aanvankelijk uitgesloten van uitkering. In 1989 bestond het recht nog steeds gedurende zes weken voor en zes weken na de bevalling (art. 29 lid 7 ZW; zie uitvoerig Monster en Timmers-de Vin 1989, hoofdstuk 9).

¹⁸¹ De reden daarvoor was volgens Monster 1995, p. 58 het resultaat van een politiek compromis over de duur van het verlof bij de totstandkoming van de ZW in 1911; bovendien kon zwangerschap anders dan ziekte niet geveinsd worden (*Handelingen II* 1911/12, nr. 56.20, p. 2-3). Nadien meende minister Talma dat een uitkering van 100% nodig was om aan het IAO-verdrag nr. 3 te voldoen (*Handelingen II* 1927/28, nr. 205.3, p. 10).

¹⁸² Zie Olbers 1985, p. 11; hij verwijst naar SER 1983/20.

¹⁸³ Ingevoerd bij wet van 17 december 1953, Stb. 1953, 619.

¹⁸⁴ Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 63.

zwangerschap en een periode na de bevalling opgenomen in het BW (art. 1639h lid 2 en 4 OBW).¹⁸⁵ Vanaf dat moment waren ontslagen op deze verboden gronden vernietigbaar binnen twee maanden na de opzegging (art. 1639o lid 5 BW). De richtlijnen voor de toepassing van het BBA waren zoals vermeld aangepast aan deze ontslagverboden, in de zin dat geen toestemming voor ontslag kon worden verleend bij ontslag tijdens de in art. 1639h lid 4 BW verboden periode en voor ontslag wegens huwelijk en wegens bevalling.¹⁸⁶ Het niet in acht nemen van de ontslagverboden maakte de werkgever niet schadeplichtig (1639o lid 5 BW). In de literatuur was geen overeenstemming over de vraag of dit desalniettemin de mogelijkheid openliet voor een schadevergoeding gebaseerd op kennelijk onredelijk ontslag.¹⁸⁷ In de literatuur was de introductie van het ontslagverbod door sommigen overigens kritisch ontvangen vanwege het gevaar van risicoselectie van vrouwen.¹⁸⁸

Het BW bevatte geen opzegverbod wegens het opnemen van vakantie, calamiteitenverlof of zoogverlof. Echter, aangenomen kan worden, dat een terecht opgenomen vakantieverlof, zoogverlof of calamiteitenverlof geen aanleiding kon zijn voor ontslag op staande voet noch voor het toewijzen van een vergunning op grond van art. 6 BBA.¹⁸⁹

4.3.4 Flexibele- en deeltijdarbeidsrelaties

Voor veel aspirant werknemers met zorgtaken was een voltijds dienstbetrekking en uitbesteden van de zorg gedurende de hoogtijdagen van het kostwinnersstelsel om verschillende redenen niet mogelijk of wenselijk. Liever wilden deze aspirant-werknemers, veelal vrouwen, volgens roosters werken die ruimte lieten voor hun zorgtaken, bijvoorbeeld door in deeltijd te werken, of alleen tijdens de schooluren, of alleen incidenteel als het hen uitkwam op oproep. Soms waren er wel werkgevers die op deze behoefte inspeelden. De mogelijkheden voor dergelijke flexibele arbeid of deeltijd waren echter lange tijd relatief beperkt. Vanuit emancipatorische hoek werd wel geijverd voor uitbreiding van de mogelijkheden van deeltijdwerk en flexibel werk.¹⁹⁰ Er werd bijvoorbeeld zoals vermeld gepleit voor een wettelijke verankering van een recht op deeltijdarbeid, waarbij de bewijslast dat dit op

185 Wet van 6 mei 1976, Stb. 1976, 295, i.w.tr. 1 augustus 1976. Art. 1639h lid 2 verbood ontslag wegens huwelijk, lid 4 gedurende de zwangerschap, wegens de bevalling en gedurende het tijdvak van de zevende tot en met de twaalfde week na de bevalling. In de literatuur werd op basis van de parlementaire geschiedenis aangenomen dat de bedoeling was dat ontslag gedurende het gehele bevallingsverlof verboden was (Van den Heuvel 1974, p. 224; Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 65-66).

186 Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 67 noot 12, verwijzen naar de Circulaire van de plaatsvervangend directeur-generaal voor de Arbeidsvoorziening van 29 juli 1976, Jura nr. 180304, zoals gewijzigd bij de Circulaire van 29 september 1976, Jura nr. 177930, inhoudende voorlopige richtlijnen inzake de Wet van 6 mei 1967 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met een ontslagverbod bij huwelijk, zwangerschap en bevalling.

187 Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 72-73 (destijds art. 1639s en 1639t BW).

188 Van den Heuvel 1974, p. 227.

189 Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 155-156.

190 Bruyn-Hundt 1982, p. 77; Bruyn-Hundt 1989, p. 36-47, p. 43; Holtmaat 1986b, p. 235-240. Zie Burri 2000, p. 66.

onoverkomelijke bezwaren van de werkgever stuitte, bij de werkgever zou moeten komen te liggen.¹⁹¹

Sinds midden jaren zeventig was er zoals vermeld overheidsbeleid gericht op het bevorderen van deeltijdarbeid.¹⁹² Vanaf de jaren tachtig voerde de overheid officieel een deeltijdbevorderend beleid,¹⁹³ onder andere in de vorm van een recht op deeltijdarbeid voor ambtenaren.¹⁹⁴ Verder rekende men op de positieve effecten van het geven van voorlichting en advisering, het opstellen van handleidingen en het vaststellen van streefcijfers.¹⁹⁵ De belangstelling voor deeltijdarbeid werd deels ingegeven door 'ideële' motieven, namelijk het vergroten van keuzemogelijkheden voor vrouwen vanuit emancipatiedoelstellingen.¹⁹⁶ In dat verband was er bij de overheid ook aandacht voor negatieve aspecten van deeltijdarbeid vanuit emancipatieoogpunt, zoals de oververtegenwoordiging van vrouwen in kwalitatief slechte deeltijdbanen en het gebrek aan deelname van mannen aan onbetaalde arbeid.¹⁹⁷ Meer mannen zouden in deeltijd moeten gaan werken, deeltijdarbeid zou over meer sectoren en beroepen verspreid moeten raken en ook in leidinggevende functies voor moeten komen.¹⁹⁸ Deels werd de belangstelling ingegeven door economische motieven. In de jaren tachtig zag men het bevorderen van deeltijdarbeid als een manier om de werkgelegenheid evenrediger te verdelen en zo de gevolgen van de oplopende werkloosheid te mitigeren (zie hierover ook hoofdstuk 3).

Bij werkgevers was er aanvankelijk weerstand. Ze waren vaak onbekend met de mogelijkheden om deeltijd in te voeren en zagen er tegenop vanwege de organisatorische problemen die zij er van verwachtten.¹⁹⁹ Vanaf begin jaren tachtig ontstond (ook) bij werkgevers een toenemende behoefte aan flexibilisering van arbeid. In hoofdstuk 3 is al besproken dat er behoefte ontstond aan flexibele arbeidstijden. Dit wordt wel tot de 'interne flexibilisering' gerekend, dat wil zeggen flexibilisering van arbeidstijden en arbeidstaken binnen een doorlopend contract. Daarnaast was er ook behoefte aan 'externe flexibilisering', dat wil zeggen van het flexibel kunnen

191 Albers e.a. 1983, p. 204; Wentholt 1990b, p. 136. Gewezen werd daarbij op het recht op deeltijdarbeid van zieke werknemers, gebaseerd op de jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent de loondoorbetalingsverplichting bij een afgewezen aanbod van passend werk (HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248). Zie Albers e.a. 1983, p. 117.

192 Het startpunt wordt gemarkeerd door voorstellen om deeltijdarbeid bij de overheid te stimuleren van de werkgroep Emancipatie en Deeltijdarbeid als aspecten van het Overheidspersoneelsbeleid, ingesteld door het Ministerie van BiZa in 1977. Leijnse 1985, p. 30 en Burri 2000, p. 71. Zie ook Albers e.a. 1983, p. 200; Bosch e.a. 1989, p. 87-88.

193 Beleidsnota Deeltijdarbeid, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 902, nr. 1-2.

194 Zie Burri 2000, p. 576 en Karssen 1995, p. 111-116.

195 Zo werd voor de periode 1986-1990 een groei van in totaal 345.000 deeltijdbanen verwacht (Bosch e.a. 1989, p. 80-89).

196 Beleidsnota Deeltijdarbeid, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 902, nr. 1-2.

197 *Kamerstukken II* 1981/82, 17 431, nr. 1-2, p. 39; *Kamerstukken II* 1984/85, 19 052, nr. 1-2, p. 9.

198 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 368, nr. 1-2, p. 8 en *Kamerstukken II* 1986/87, 19 902, nr. 1-2, p. 5 en p. 10-11, zie Burri 2000, p. 74.

199 Een aanzienlijk deel verwachtte dat deeltijders onvoldoende binding met het bedrijf en onvoldoende werkmotivatie zouden hebben. Anderen meenden dat deeltijdwerk 'niet in de bedrijfs-cultuur' paste. Zie Bosch e.a. 1989, p. 85.

inzetten en laten afvloeien van werknemers om niet meer arbeidsuren te contracteren dan nodig.²⁰⁰ Met de term flexibele arbeidsrelaties werd gerefereerd aan arbeidsrelaties die afweken van het standaardpatroon van de voltijdswerkende werknemer met een contract voor onbepaalde tijd. Zulke afwijkende arbeidsrelaties waren bijvoorbeeld contracten voor bepaalde tijd, oproepcontracten, de free-lance overeenkomst, thuiswerkcontracten en de uitzendovereenkomst. Ook deeltijdarbeid werd daar wel toe gerekend,²⁰¹ al was de positie van deeltijders verhoudingsgewijs stabiel dan van de andere genoemde flexibele arbeidsrelaties (zie hierna). Daarom wordt in het navolgende een onderscheid gemaakt tussen deeltijdarbeid en flexibele arbeidsrelaties.

Werkgevers lieten vanaf de jaren tachtig in toenemende mate werk in deeltijd en flexibele arbeid verrichten. Het aandeel deeltijdwerkgelegenheid in de totale werkgelegenheid steeg van 4,4% in 1973 naar 23,5% in 1985.²⁰² De meeste deeltijdwerknemers waren vrouwen.²⁰³ Het percentage vrouwen dat actief was op de arbeidsmarkt was gestegen van 32% in 1975 naar 54% in 1990.²⁰⁴ Ook de groei in het aandeel flexibele banen tussen 1983 en 1987 werd in de literatuur aangeduid als 'explosief'.²⁰⁵ Het verschijnsel flexibele arbeidsrelaties was niet nieuw. Bedrijven met een sterke seizoensmatige productie of terugkerende pieken en dalen waren er bijvoorbeeld altijd al geweest.²⁰⁶ In de jaren tachtig voltrok de groei zich echter ook in andere sectoren: de gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening, bedrijfstakken waarin veel vrouwen werkzaam waren.²⁰⁷ Relatief gezien werkten dan ook meer vrouwen dan mannen in flexibele arbeidsrelaties, al was het verschil hier minder groot dan bij deeltijdwerkers.²⁰⁸ In 1987 werd het aantal personen werkzaam in flexibele relaties geschat op 600.000, wat neerkwam op ongeveer 12% van de werkende bevolking in personen (exclusief deeltijdarbeid, dat geschat werd op 1,2 miljoen personen).²⁰⁹ De groei in werkgelegenheid in die jaren was al met al bijna uitsluitend te danken aan een groei in deeltijdarbeid en flexibele banen.²¹⁰

De keuze voor deeltijdrelaties was voor een groot deel een vrijwillige keuze voor werknemers. Die keuze was voor 70% van de gehuwde vrouwelijke deeltijders ingegeven door gezinsomstandigheden.²¹¹ Andere groepen die vrijwillig kozen voor deeltijdarbeid waren scholieren, studenten en gepensioneerden. Naar schatting

200 Zie Smitskam 1989, p. 1. Zij citeert een rapport van het Ministerie van SZW uit 1983.

201 Zie Smitskam 1989, hoofdstuk 4.

202 Delsen 1989, p. 226-239; p. 228.

203 In 1991 werkte 62% van de vrouwen in deeltijd tegen 16% van de mannen. Rapportage Arbeidsmarkt 1991, zoals geciteerd door Passchier 1992, p. 119.

204 Passchier 1992, p. 119.

205 Smitskam 1989, p. 2. Zie ook Van der Goes en Ambachtsheer 1989, p. 544, die spreken over de 'spectaculaire groei' van het aantal uitzendrelaties tussen 1982 en 1988 (350% groei).

206 In branches als de detailhandel, de horeca en de groente- en fruitverwerkende industrie waren van oudsher voorzieningen in cao's opgenomen. Bolweg e.a. 1986, p. 83.

207 Bolweg e.a. 1986, p. 84.

208 In een steekproef uit 1986 werkte 10% van de mannen in flexibele relaties, tegen 15% van de vrouwen. Jaspers e.a. 1989, p. 8-23; p. 10.

209 Smitskam 1989, p. 2.

210 Tijdens 1998, p. 216.

211 Smitskam 1989, p. 141.

20% van de deeltijdbanen was gecreëerd op verzoek van de betrokken werknemer.²¹² Ook werkgevers kozen voor deeltijdarbeid. Ze konden daarmee bijvoorbeeld voorspelbare pieken in het werkaanbod opvangen, of verschillen tussen de bedrijfstijd en de arbeidstijd opvangen.²¹³ Soms was deeltijdwerk wenselijk vanwege de aard van de arbeid, omdat die bijvoorbeeld te intensief was om lang achter elkaar te kunnen doen. Soms was deeltijdarbeid goedkoper.²¹⁴ Bedrijven in sectoren met veel functies die vooral door vrouwen werden vervuld, waren ook wel eens gedwongen om deeltijd aan te bieden teneinde hun vacatures te vervullen, bijvoorbeeld in de gezondheidszorg.²¹⁵

Niet zelden was deeltijdarbeid tegelijkertijd flexibele arbeid. De groei in flexibele relaties in de jaren tachtig was echter, anders dan de groei in deeltijdfuncties, maar voor een relatief klein deel te verklaren door de behoefte aan flexibiliteit van werknemers. Desgevraagd gaf een ruime meerderheid van werknemers in flexibele relaties aan de voorkeur te hebben voor een 'gewone' arbeidsrelatie.²¹⁶ Het aanpassen van de werktijden aan de behoeften van de werknemer was in de praktijk namelijk vaak niet te realiseren, omdat flexibele werknemers het werk niet mochten of durfden te weigeren.²¹⁷ De behoefte aan deze flexibiliteit lag derhalve vooral bij werkgevers. Zij kozen voor flexibele relaties voornamelijk omdat het goedkoper was. De lonen lagen veelal lager en er hoefde vaak geen loon te worden doorbetaald als er geen werk was (zie hierna). Genoemd werd ook dat met behulp van deze arbeidsrelaties de rigiditeit van de Arbeidswet 1919 en het ontslagrecht kon worden omzeild.²¹⁸ Het feit dat het gebruik van deze relaties juist in de jaren tachtig opkwam, wordt verklaard door de grote werkloosheid in die jaren, waardoor als het ware een reservoir aan flexibele arbeidskrachten gereed stond. Ook pasten werkgevers met behulp van flexibele relaties hun bedrijfsvoering aan aan de arbeidstijdverkorting (zie hoofdstuk 3) of, voor zover het om de publieke of semi-publieke sector ging, aan bezuinigingsoperaties. Daarnaast kon het groeiende gebruik worden verklaard uit technologische veranderingen. Door de toenemende automatisering bestonden steeds meer banen uit routinewerkzaamheden waarvoor geen inwerktijd nodig was, en die soms niet lang vol te houden waren. Dat maakte ze geschikt voor bezetting door steeds wisselende oproepkrachten of deeltijders. Ten slotte werd gewezen op het feit dat de omloopsnelheid van producten in de

212 Smitskam 1989, p. 143; de schatting is voor 1985. Dit betrof vaak ouderen en mannen in wat hoger gekwalificeerde administratieve functies, die tijd wilden besteden aan studie, nevenarbeid of politiek.

213 Smitskam 1989, p. 144.

214 Smitskam 1989, p. 146. Dat deeltijd soms goedkoper was werd veroorzaakt door de WML (zie hierna), maar ook door minder verzuim doordat de werknemer noodzakelijke verplichtingen in de eigen tijd kon plannen.

215 Smitskam 1989, p. 147; Hooghiemstra 1993, p. 452.

216 Smitskam 1989, p. 6; Jaspers e.a. 1989, p. 8-23. Voor 18,8% van de uitzendwerknemers was de eigen contractsvorm de gewenste; voor 28,6% van de op/afroepcontractanten, 14,8% van de tijdelijke contractanten. Voor 93% van alle werknemers was het vaste contract de meest gewenste contractvorm. Zie tabel 3, p. 18.

217 Bruyn-Hundt 1989, p. 36-47, p. 43-44.

218 Smitskam 1989, p. 4.

consumptiemaatschappij steeds korter werd, zodat werkgevers vaker langetermijnverplichtingen wilden vermijden.²¹⁹

De rechtspositie van deeltijders omstreeks 1990

De arbeidsvoorwaarden van werknemers die in deeltijd werkten bleven zoals gezegd veelal achter bij de arbeidsvoorwaarden van werknemers die voltijds werkten. Dat bleek onder andere uit de wet. Er is een aantal voorbeelden van Nederlandse wetgeving waarin in 1990 nog onderscheid gemaakt werd op grond van arbeidsduur. De WML was niet van toepassing op werknemers die minder dan een derde van de werkweek werkten (art. 2 lid 3 sub b WML). In de praktijk werd daarvoor een minimum van 13 uur per week aangehouden.²²⁰ Ondanks het feit dat velen zich uitspraken voor afschaffing ervan,²²¹ had de regering in 1987 nog besloten het voorlopig te handhaven, omdat afschaffing ervan de loonkosten zou verhogen en daardoor de arbeidsmarktpositie van kleine deeltijders zou verslechteren. Bovendien zou dit tot een extra overheidsuitgave van 15 miljoen per jaar voor de zogenaamde alpha-hulpen in de thuiszorg leiden.²²² Een tweede voorbeeld van onderscheid is het feit dat werknemers die in deeltijd werkten niet altijd meetelden in de WOR. Bij de plicht van de onderneming om een OR in te stellen in middelgrote ondernemingen, telden zij bijvoorbeeld niet mee (art. 2 WOR). Ook hadden zij in die ondernemingen geen actief of passief kiesrecht (art. 35a lid 1 sub c WOR).²²³ Volgens de minister hadden kleine deeltijders geen behoefte aan of belangstelling voor medezeggenschap.²²⁴ Ander onderscheid voor deeltijders in de wet dat nog genoemd kan worden waren een minimale urengrens en een afwijkende anciënniteitsregel voor in deeltijd werkende rechterlijke ambtenaren in de Wet op de Rechterlijke Organisatie, en een uitsluiting van werknemers in het Ontslagbesluit en de werknemersverzekeringen voor zover ze op minder dan drie dagen per week in een particulier huishouden werkten.²²⁵

Voor zover relevant kregen deeltijders in vast dienstverband wettelijk gezien voor het overige dezelfde rechten als voltijders met een vast dienstverband, of rechten naar rato van het aantal gewerkte uren. Zo hadden deeltijders onder dezelfde voorwaarden recht op calamiteitenverlof en dezelfde ontslagbescherming als voltijders.²²⁶ Zij hadden voorts recht op een evenredig aantal vakantiedagen als het ging om de opbouw van het wettelijke minimum aan vakantiedagen (art. 1638bb BW).

219 Smitskam 1989, p. 5.

220 Smitskam 1989, p. 156.

221 De FNV streefde al vanaf 1976 naar afschaffing, zie Smitskam, p. 157; verder noemt zij SER 1985/10 en diverse adviezen van de Emancipatieraad.

222 Smitskam 1989, p. 157-158. Zij citeert uit de kabinetsreactie op de SER-adviezen over de minimum inkomens van 23 januari 1987. Zie ook Nota Deeltijdarbeid, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 902, nr. 1-2, p. 30.

223 Zie uitvoerig Smitskam 1989, p. 158. Vanwege het ontbreken van een direct verband met de positie van de werknemer met zorgtaken laat ik dit verder buiten beschouwing.

224 Smitskam 1989, p. 159, met verwijzing naar literatuur. Onduidelijk was, waarom dit argument dan niet gold voor werknemers in grotere ondernemingen.

225 Burri 2000, p. 80; par. 8.1.4.

226 Smitskam 1989, p. 150. Soms pakte dat zelfs relatief gunstig uit, omdat bijvoorbeeld de proeftijd in tijdsduur was beperkt ongeacht het aantal gewerkte dagen binnen die tijdsduur.

In de praktijk waren er soms toch verschillen tussen de behandeling van ('vaste') deeltijders en voltijders, bijvoorbeeld in cao's. In sommige cao's werden deeltijders met een gering aantal uren buiten de werkingssfeer van de cao gehouden.²²⁷ Ook werden deeltijders, soms in strijd met de wet, in cao's uitgesloten van bijvoorbeeld het recht op vakantie met behoud van loon, vakantiebijslag, ouderenverlof en vergoeding voor niet genoten vakantie.²²⁸ Overwerktoeslagen werden in cao's vaak niet van toepassing verklaard op het overschrijden van de overeengekomen arbeidsduur, maar slechts op overschrijding van de normale arbeidsduur.²²⁹ In onderzoek werden daarentegen al begin jaren tachtig geen cao's meer aangetroffen waarin nog expliciet aan deeltijders een lager loon per uur werd toegekend dan aan voltijders.²³⁰ Wel werd in de praktijk de WML ontdoken²³¹ en werd het uurloon na invoering van arbeidsduurverkorting veelal op een voor deeltijders nadelige manier berekend.²³²

Al met al was de positie van deeltijders vaak minder sterk dan de positie van voltijders. Daar kwam nog bij dat deeltijders zich vooral in de laagste functieniveau's bevonden. Wijdverbreid was de opvatting dat beleidvoerende en leidinggevende beroepen zich niet leenden voor deeltijdwerk.²³³ Deeltijders en deeltijdwerk hadden dan ook een slecht imago. Deeltijdarbeid werd geassocieerd met werk van laag niveau, minder ambitieuze werknemers, en problemenevend op het gebied van leidinggeven, coördinatie en communicatie.²³⁴

De rechtspositie van werknemers in flexibele arbeidsrelaties omstreeks 1990

De positie van werknemers in flexibele arbeidsrelaties was (nog) minder sterk dan die van vaste deeltijders. Het belangrijkste kenmerk van de flexibele arbeidsrelaties was ten eerste, dat het aantal arbeidsuren, de arbeidstijden en dus het arbeidsinkomen tussen partijen veelal niet tevoren waren overeengekomen maar nader op voorstel van de werkgever konden worden ingevuld. Niet alleen de afspraken waren vaag, ook de rechtsbescherming was soms terughoudend en in de praktijk onduidelijk, zoals hierna zal blijken.

227 Asscher-Vonk 1993, p. 454-495, p. 457; geciteerd wordt een onderzoek van de Dienst Collectieve Arbeidsvoorwaarden, Ministerie van SZW, april 1991.

228 Albers e.a. 1983, p. 87; zie voor ouderenverlof p. 98-100.

229 Smitskam 1989, p. 153. In de literatuur werd dat als strijdig met het recht op gelijke behandeling aangemerkt. Zie bv. Asscher-Vonk 1993, p. 458. Later bleek dat het Hof van Justitie daar anders over dacht (zie par. 5.3.4).

230 Albers e.a. 1983, p. 83-84.

231 Albers e.a. 1983, p. 87; geciteerd wordt het FNV-rapport 'Een deel van het geheel, FNV-Visie op deeltijdarbeid, uitgangspunten voor een gefaseerd en gericht stimuleringsbeleid', Amsterdam 1981, p. 12. De ontduiking was vaak indirect door bijvoorbeeld uurloon van een deeltijder te berekenen door het voltijdsloon te delen door 48 uur per week, terwijl in werkelijkheid veel minder uren per week werd gewerkt.

232 De arbeidsduurverkorting werd vaak niet in aanmerking genomen bij het vaststellen van het voltijdsloon, zodat het loon per uur lager werd voor deeltijders. De onbetaalde adv-dagen moesten door deeltijders bovendien vaak in het geheel en niet naar rato worden opgenomen. Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 120.

233 80% van de banen bevond zich in de lagere functieniveau's; slechts 5% van de leidinggevenden of beleidvoerenden werkte in deeltijd. Smitskam 1989, p. 140-141.

234 Hooghiemstra 1993, p. 452.

Een voorbeeld van de terughoudendheid van de wetgever is de uitzendrelatie. De wetgever stond het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door uitzendbureaus gereguleerd toe middels een vergunningstelsel.²³⁵ In de ogen van de wetgever vervulden uitzendbureaus een nuttige allocatiefunctie op de arbeidsmarkt.²³⁶ Via het vergunningstelsel werden bijvoorbeeld enige grenzen gesteld aan de duur van de uitzending,²³⁷ maar verder ging het optreden van de wetgever ter bescherming van de uitzendkracht niet. De onduidelijkheden en onzekerheden kwamen in de praktijk doorgaans voor risico van de werknemer. Procederen over deze arbeidsrelaties had vermoedelijk slechts zin als er in de praktijk wel een zekere bestendigheid van de arbeidsrelatie was.²³⁸ De vakbonden namen het (nog) niet op voor deze werknemers. Van hen werd gezegd dat zij flexibele arbeiders zagen als een bedreiging van de positie van hun overwegend mannelijke, voltijdwerkende leden.²³⁹

De onduidelijkheid in de rechtsbescherming bestond ten eerste uit het feit, dat veelal onzeker was, of een flexibele arbeidsrelatie het predikaat 'arbeidsovereenkomst' kon krijgen. Die onzekerheid was van toepassing op uitzendrelaties,²⁴⁰ thuiswerk,²⁴¹ en de freelance-overeenkomst.²⁴² Als een relatie niet als arbeidsovereenkomst aan te merken was, was er maar weinig bescherming tegen voor de werker nadelige afspraken.²⁴³ De kwalificatie van arbeidsovereenkomst zou op bepaalde punten wel die bescherming opleveren, zij het niet op alle punten. Het zou in ieder geval een zekere bescherming van het loon opleveren, middels de toepasselijkheid van de

235 Zie bv. Van der Goes en Ambachtsheer 1989, p. 543. Krachtens de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en het KB van 10 september 1970, Stb. 1970, 410.

236 Zie bv. Wetsvoorstel Arbeidsvoorziening, *Kamerstukken II* 1987/88, 20 569, nr. 3 p. 54.

237 Volgens art. 10 lid 1 van de Voorschriften voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, Stcrt. 1988, 247, kon een uitzendkracht voor een periode van maximaal zes maanden aan de inlener ter beschikking worden gesteld. Smitskam 1989, p. 301. Tussen twee ter-beschikkingstellingen diende ten minste 31 dagen te liggen om samentelling te voorkomen (art. 10 lid 2).

238 Voor een deel waren *de jure* flexibele relaties in de praktijk relatief bestendig. Uit een steekproefonderzoek uit 1987 bleek dat driekwart van de flexibele krachten vrij regelmatig werk had gedurende langer dan een jaar, de helft langer dan drie jaar. Bruyn-Hundt 1989, p. 42. Als de relatie 'echt' flexibel was, was procederen vermoedelijk te duur en de uitkomst te onzeker.

239 Delsen 1989, p. 231, met verwijzing naar een rapport van de FNV-Vrouwen uit 1987.

240 Zie Smitskam 1989, par. 7.2.1.3. Als de uitzendkracht eenmaal werk had aanvaard, was een aantal auteurs en rechters wel bereid om aan te nemen dat er een arbeidsovereenkomst was, maar anderen leidden uit de vrijheid van de arbeidskracht om ieder moment de arbeid neer te leggen af, dat een gezagsverhouding niet kon bestaan.

241 Zie Smitskam 1989, p. 233: onder de feitelijke aanduiding thuiswerkzaamheid konden verschillende juridische constructies schuilgaan, afhankelijk van de feitelijke omstandigheden, de schriftelijke overeenkomst, de wijze waarop het contract werd uitgevoerd etc, waaronder: een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht, een voorovereenkomst, een overeenkomst tot aanneeming van werk, en een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten.

242 Zie Smitskam 1989, par. 5.2.1: hier gaat het meestal om de afbakening tussen een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten en de arbeidsovereenkomst. Met name de invulling van het gezagscriterium levert rechtsonzekerheid op.

243 Van sommige regelingen buiten het BW was (en is) de personele werkingssfeer ruimer dan alleen de civielrechtelijke dienstbetrekking, onder andere om ontduikingsconstructies te voorkomen. Dat geldt bijvoorbeeld voor het BBA, dat ook van toepassing was op werknemers die zelfstandig persoonlijke arbeid verrichten voor een ander, die voor niet meer dan twee opdrachtgevers werkten en voor wie het niet slechts een bijkomstige werkzaamheid was. Zie Smitskam 1989, p. 216-218. Het geldt ook voor de werknemersverzekeringen. Zie hierover uitvoerig Van den Berg 2010, par. 2.12-14.

WML, voor zover men boven het hiervoor besproken 1/3-criterium uitkwam. Daarnaast kon wat het inkomen betreft geprofiteerd worden van beschermende bepalingen in het BW zoals de verdragingsrente (thans art. 7:625 BW) en het recht op doorbetaalde vakantie.

Belangrijke bescherming voor reguliere arbeidsrelaties bestond uiteraard uit de bescherming tegen het wegvallen van het inkomen als de werkgever geen werk meer aanbood (art. 1638d BW, thans art. 7:628 BW) en ontslagbescherming. Deze bescherming was vaak niet aanwezig voor flexibele arbeidsrelaties, ook niet als ze wel als arbeidsovereenkomst gekwalificeerd konden worden. Dit gold met name voor de oproepkracht. Juridische constructies die onder de verzamelnaam oproepovereenkomst konden worden gebracht waren bijvoorbeeld de 'voorovereenkomst-constructie', de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht, het nulurencontract of het min-maxcontract.²⁴⁴ Deze constructies konden soms gelezen worden als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarbij de hoeveelheid te werken uren nog nader moest worden ingevuld. Anderzijds konden ze soms gelezen worden als een reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.²⁴⁵ In beide gevallen kon de werkgever zich *de facto* het recht voorbehouden, al dan niet binnen bepaalde grenzen, de werknemer slechts op te roepen als hij daar behoefte aan had en alleen te betalen voor verrichte arbeid.

In het geval gekozen was voor een constructie die als arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kon worden aangemerkt, was vaak een beding opgenomen waaruit bleek dat de werkgever alleen loon verschuldigd was over de gewerkte uren. Via dat beding werd aldus art. 1638d BW uitgesloten (thans art. 7:628 BW). Deze uitsluiting was in beginsel geoorloofd krachtens art. 1638d lid 2 BW.²⁴⁶ Er was in theorie wel ontslagbescherming van toepassing op dergelijke arbeidsovereenkomsten voor zover die als arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd konden worden aangemerkt. Deze kon in veel gevallen omzeild worden door de oproepkracht eenvoudigweg niet meer op te roepen.²⁴⁷ Volgens de Hoge Raad bracht de goede trouw wel mee dat de werkgever verplicht was de werknemer op te roepen, als er werk was.²⁴⁸ In de literatuur werd echter opgemerkt dat de oproepkracht die niet oproepen werd meestal moeilijk kon weten dat er wel werk was, zodat dit recht op tewerkstelling in veel gevallen theoretisch zou blijven, behoudens het geval dat werknemers feitelijk wel heel regelmatig werkten.²⁴⁹

244 Smitskam 1989, p. 68.

245 Beide lezingen waren soms ook mogelijk voor de kwalificatie van één geval. Zie Smitskam 1989, p. 86. De periode tussen de overeenkomsten in kon overigens worden beheerst door een 'voorovereenkomst', waarop volgens sommigen partijen rechten en plichten konden worden gebaseerd op grond van de redelijkheid en billijkheid, zie Smitskam 1989, p. 85, met verwijzing naar rechtspraak.

246 Wel had de Hoge Raad uitgemaakt dat dit onder bepaalde omstandigheden in strijd met de redelijkheid en billijkheid kon zijn, in casu bij een vernietigd ontslag op staande voet (HR 19 juni 1959, NJ 1959, 588). Daarnaast kon de uitsluiting in strijd zijn met de toepasselijkheidverklaring van art. 1638d in de cao. Zie Smitskam 1989, p. 107.

247 Smitskam 1989, p. 117-119.

248 HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264.

249 Smitskam 1989, p. 110-111.

In geval gekozen was voor een constructie die gelezen kon worden als een reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, was er eveneens sprake van vermindering van ontslagbescherming. Contracten voor bepaalde tijd eindigden van rechtswege (art. 1639^e lid 1 BW). Opzegging daarvan was in beginsel niet nodig, tenzij anders bleek uit overeenkomst, cao, gebruik of reglement (art. 1639^e lid 2 BW). Ook was opzegging nodig in geval van een voortgezette dienstbetrekking (art. 1639f lid 3 en 4 BW). Dat was het geval bij een stilzwijgende voortzetting of bij een overeengekomen voortzetting binnen 31 dagen na ommekomst van de overeenkomst voor bepaalde tijd.²⁵⁰ Deze regel was echter weer niet van toepassing wanneer het ging om 'losse, ongeregelde arbeid', waarvan elke arbeidsovereenkomst binnen 31 dagen eindigde. Werkgevers meenden in het geval van oproepkrachten vaak gebruik te kunnen maken van deze laatstgenoemde uitzondering. Rechters dachten daar soms anders over als de oproepkracht in feite regelmatig te werk werd gesteld.²⁵¹ Om de gevolgen van art. 1639f lid 4 BW te ontlopen werd bij langer durende overeenkomsten voor bepaalde tijd gebruik gemaakt van constructies zoals het 'repetierend inlenen', waarbij de werker afwisselend als uitzendkracht en op arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te werk werd gesteld.²⁵² In 1991 merkte de Hoge Raad dergelijke constructies aan als voortgezette arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1639f lid 3 BW, zodat de laatste overeenkomst in de keten moest worden beschouwd als een overeenkomst die moest worden opgezegd.²⁵³

In de praktijk was de positie van flexibele arbeidscontractanten overigens waarschijnlijk nog veel minder beschermd dan de wet toeliet. Vaak wisten werknemers, maar ook werkgevers niet dat een overeenkomst was gesloten die een zekere rechtsbescherming meebracht.²⁵⁴ Ontslagbescherming of bescherming van het inkomen bij niet-werken werd voor zover het er al was, veelvuldig genegeerd.²⁵⁵ Al met al is begrijpelijk waarom werkzoekenden niet vaak zelf kozen voor het werk in flexibele arbeidsrelaties. Dat gold ook voor werkzoekenden met zorgtaken. De flexibele relaties waren meestal flexibel ten gunste van de werkgever, en niet van de werknemer. Het was in die zin dus geen adequate oplossing voor het probleem van de combinatie van arbeid en zorgtaken. Vanuit de overheid werd de precare positie van flexibele arbeidscontractanten omstreeks 1990 wel al onderkend, getuige een onderzoek in opdracht van het Ministerie van SZW.²⁵⁶ Er waren echter nog geen

250 Door de Hoge Raad was deze verplichting op te zeggen uitgebreid tot situaties waarin een overeenkomst voor onbepaalde tijd was beëindigd met wederzijds goedvinden, waarna een overeenkomst voor bepaalde tijd was gesloten. HR 4 april 1986, RvdW 1986, 72 (*Ragettlie*).

251 Smitskam 1989, p. 92-96.

252 Daarmee werd zowel een vergunningsvoorwaarde dat niet langer dan een bepaalde termijn gewerkt werd ontdoken, als de bepaling op grond waarvan de voortgezette overeenkomst voor bepaalde tijd moest worden opgezegd. Zie Van der Goes en Ambachtsheer 1989, p. 547.

253 HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 m.nt. PAS (*Campina*).

254 Bruyn-Hundt 1989, p. 37.

255 Bruyn-Hundt 1989, p. 42; in 91,5% van de bedrijven werd voor oproepkrachten geen ontslagvergunning aangevraagd. Geciteerd wordt een onderzoek van SZW uit 1987. Smitskam 1989, p. 90, verwijst naar het rapport *Arbeid op maat van de LTD* uit 1988, volgens welke slechts in 16,5% van de onderzochte bedrijven oproepkrachten recht hadden op vakantie. In 45,5% werd het afgekocht, in 38% werd geen vakantieregeling toegepast.

256 Zie Smitskam 1989, p. 2: *Flexibele inzet van arbeidskrachten*, een rapport van de SZW-werkgroep *Flexibele arbeidsrelaties* uit 1987.

stappen gezet om de positie van flexibele krachten te verbeteren of het gebruik van flexibele krachten te bestrijden.

4.3.5 *Uitbesteding van zorg: kinderopvang*

Zorgtaken kunnen ook worden uitbesteed aan een derde, al dan niet tegen betaling. Het uitbesteden van zorgtaken was in Nederland in bepaalde periodes heel gebruikelijk, en dan met name bij de gegoede burgerij. Ook ouders in de arbeidende klasse lieten in de loop van de negentiende eeuw vaker hun zorgtaken aan anderen over, terwijl ze zelf werkten. In de tweede helft van de twintigste eeuw raakte de uitbesteding van zorgtaken echter door verschillende oorzaken in onbruik. Daaraan is in het voorgaande al aandacht besteed (zie par. 4.1.2). In het navolgende wordt vooral aandacht besteed aan het uitbesteden van kinderopvang. De zorg voor anderen dan jonge kinderen ('mantelzorg') wordt buiten beschouwing gelaten.

In de jaren zestig nam de behoefte aan kinderopvang toe, niet alleen bij vrouwen die uit economische noodzaak moesten werken, maar ook bij studenten en hoger opgeleiden. Kranten schreven over groeiende wachtlijsten voor kinderdagverblijven.²⁵⁷ Initiatieven om crèches op te richten stranden echter op gebrek aan financiële middelen. Het oplossen van het kinderopvangprobleem van werkende ouders zag de overheid lange tijd niet als een staatstaak. Gemeentes hielden zich er vaak niet mee bezig, of waren zelfs tegen.²⁵⁸ Wel werden voor het eerst bedrijfs-crèches opgericht door ondernemingen met een tekort aan vrouwelijk personeel, maar in de jaren zeventig, toen de krapte op de arbeidsmarkt weer voorbij was, werden deze initiatieven weer stopgezet.²⁵⁹ Begin jaren zeventig voerden feministes acties voor meer crèches.²⁶⁰ De pleidooien ontmoeten echter veel weerstand in de publieke opinie en bij deskundigen, omdat crèches niet goed zouden zijn voor jonge kinderen.²⁶¹ Hoewel o.a. de Gezinsraad desgevraagd adviseerde om kinderopvang, inclusief de financiering ervan, tot het algemeen welzijnsbeleid te rekenen,²⁶² zag de regering geen belangrijke taak voor zich weggelegd.²⁶³

Kinderopvangbeleid in de naoorlogse periode werd vooral een geschikt instrument geacht voor sturing van ouders in achterstandsituaties of ouders die de opvoedings-taak in de ogen van de overheid niet goed ter hand namen.²⁶⁴ Sommige gemeenten

²⁵⁷ Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 207.

²⁵⁸ Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 205.

²⁵⁹ Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 215-217; er worden twee voorbeelden genoemd van de bedrijven Van Melle in Rotterdam (1956) en Verkade in Zaanstad (1961); vanaf 1970 komt de bedrijfs-crèche iets meer in zwang, bijvoorbeeld bij de PTT, enkele ziekenhuizen, een bejaardenhuis en confectiebedrijven, p. 217.

²⁶⁰ Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 231-234: actievoerende groepen waren Dolle Mina, Man Vrouw Maatschappij en de Nederlandse Vrouwen Beweging.

²⁶¹ Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 240-243.

²⁶² Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 244: zij noemt het rapport Beroepsarbeid door vrouwen met gezinsverantwoordelijkheid, Rapport van de Nederlandse Gezinsraad aan CRM, Den Haag 1966. Ook de SER gaf advies (SER 1966/15).

²⁶³ Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 294.

²⁶⁴ Pelzer en Pot 1992, p. 140-153; p. 140.

subsidieerden kinderdagverblijven, eerst via de Armenwet en sinds 1965 via de Algemene Bijstandswet. De nationale overheid droeg daar indirect aan bij door de financiering van de Algemene Bijstandswet.²⁶⁵ Van 1977 tot 1986 was er een Rijksbijdrageregeling Kinderdagverblijven, volgens welke loonkosten werden gesubsidieerd en een ouderbijdrage naar draagkracht werd vastgesteld. De dagverblijven moesten volgens de regeling voorrang geven aan kinderen uit maatschappelijke achterstandssituaties.²⁶⁶

Als er al aandacht was voor kinderopvang van kinderen uit gewone gezinnen, werd dit vanaf de jaren zeventig vooral gemotiveerd door het welzijn van het kind. In dat kader werd bijvoorbeeld geïnvesteerd in de kwaliteit van peuterspeelzalen. Onderdeel daarvan was de reductie van openingstijden.²⁶⁷ Hieruit kan worden opgemaakt dat het welzijnsbelang van het kind veel zwaarder woog dan het 'bewaarbelang' van de ouders. Dit paste in een nationale tendens waarin veel nadruk werd gelegd op het belang van de ontwikkeling van het kind. Eind jaren zeventig waren er veel meer kinderen die naar peuterspeelzalen gingen dan kinderen op kinderdagverblijven.²⁶⁸ Kinderdagverblijven werden schadelijk geacht voor kinderen.²⁶⁹ Aan peuterspeelzalen werd dan ook subsidie verstrekt, en aan andere initiatieven zoals buitenschoolse opvang, bedrijfsscrèches of gastouderschap niet.²⁷⁰

Illustratief voor de gedachte dat kinderopvang en de kosten daarvan voor normale gezinnen in de particuliere sfeer lag, was de benadering van de fiscale rechter. Uit constante rechtspraak bleek dat de kosten voor kinderopvang niet werden gezien als aftrekbare (arbeids)kosten. Zo overwoog de Hoge Raad met betrekking tot deze uitgaven dat zij "naar haar aard uitsluitend strekken tot de bevrediging van particuliere behoeften, bepaald door de persoonlijke omstandigheden van de belanghebbende en haar gezin en de wijze waarop zij hun leven hebben ingericht; dat deze uitgaven mitsdien behoren tot de sfeer van de inkomensbesteding en niet van de inkomensverwerving".²⁷¹

Ondanks nieuwe adviezen begin jaren tachtig van de Emancipatieraad, de FNV, de SER, de Raad voor het jeugdbeleid en anderen om kinderopvang tot een basisvoorziening te maken, besloot de regering in 1984 dat de taak van de overheid bij

265 Tijdens en Lieon 1993, p. 17.

266 Tijdens en Lieon 1993, p. 17.

267 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 258. Een ministeriële werkgroep beval in 1974 aan om enerzijds tot kwaliteitsverhoging van kindercentra te komen en extra aandacht te geven aan risico-kinderen, maar anderzijds hele-dagopvang af te remmen in het belang van het kind (Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 244).

268 In 1977 waren er ruim 100.000 kinderen die naar peuterspeelzalen gingen. Deze peuterspeelzalen stelden de moeder niet in de gelegenheid betaalde arbeid te verrichten, omdat het kind de speelzaal slechts twee of drie keer in de week enkele uren per ochtend bezocht. In dat jaar gingen slechts ca. 5500 kinderen naar een kinderdagverblijf die de moeder in staat stelde betaalde arbeid te verrichten (Plantenga 1993, p. 112).

269 Pelzer en Pot 1992, p. 143. Zij citeren uit een rapport van het Ministerie van CRM uit 1974.

270 Regeringsstandpunt Kinderopvang, *Kamerstukken II* 1984/85, 18 483, nr. 3, p. 5. Zie Tijdens en Lieon 1993, p. 20.

271 HR 27 januari 1982, nr. 20 530, BNB 1982/75. Zie Dusarduijn 2004.

kinderopvang beperkt moest blijven tot “het scheppen van voorwaarden waardoor ouders in staat konden worden gesteld kinderopvang zelf te realiseren”.²⁷² Een fiscale voorziening deed volgens het kabinet meer recht aan de eigen verantwoordelijkheid van ouders voor de wijze waarop zij in de opvang van hun kinderen willen voorzien. In 1986 werd op grond van de Welzijnswet een fiscale tegemoetkoming verstrekt, inhoudende dat tweeverdienende of alleenstaande ouders de kosten van kinderopvang deels konden aftrekken van hun belastbare inkomen. Tevens kwam er een wettelijke verplichting voor scholen om kinderen tussen de middag op te kunnen vangen, zij het dat ouders zelf verantwoordelijk bleven voor het regelen daarvan.²⁷³

Hoewel het aantal kinderdagverblijfplaatsen in de jaren tachtig enigszins toenam, was de toename van vrouwen die betaald werk gingen verrichten veel groter.²⁷⁴ Sommigen konden dit ondanks het gebrek aan kinderopvang realiseren door tijdens schooltijden te werken. Kinderen waren vanaf 1985 leerplichtig vanaf 5 jaar. Sinds 1955 was het kleuteronderwijs voor 4- en 5-jarigen wettelijk geregeld en door de overheid gefinancierd.²⁷⁵ Sommige vrouwen kozen voor avond- en nachtarbeid. Een oplossing was daarnaast het beroep op informele opvang bij familie.²⁷⁶ Eind jaren tachtig besloot de regering dan toch om het scheppen van meer kinderopvangplaatsen te stimuleren via een tijdelijke bijdrage aan gemeenten.²⁷⁷ De noodzaak daartoe werd mede ingegeven door zorg over de groeiende wanverhouding tussen actieve en niet-actieve Nederlanders, de wens te komen tot een beter rendement van onderwijsinvesteringen en een verantwoorde ontwikkeling van de loonkosten, alsmede door een discrepantie tussen vraag naar en aanbod van kinderopvang.²⁷⁸

De kinderopvang die er was voor zeer jonge kinderen omstreeks 1990 werd kortom voornamelijk geregeld door werknemers zelf. Alleen ouders in maatschappelijke achterstandssituaties hadden tot dan toe soms via de gemeente recht op een gesubsidieerde kinderopvangplaats. Voor wie een plaats kon bemachtigen op de schaarse kinderdagverblijven, werden kinderopvangkosten sinds 1986 fiscaal vriendelijk behandeld. De bijdrage van de overheid was al met al gering. Ook werkgevers droegen eind jaren tachtig hoegenaamd niet bij aan kinderopvang, ook niet voor de moeders die in deeltijd kwamen werken en voor die uren oppas nodig hadden. Bedrijfs-crèches kwamen niet of nauwelijks voor.²⁷⁹ Behoeftte aan kinderopvang voor jonge

272 Pelzer en Pot 1992, p. 145. Zij citeren een niet door hen genummerd regeringsstandpunt uit 1984.

273 Tijdens en Leon 1993, p. 21.

274 In 1980 was de capaciteit in kinderopvangcentra 0,6% van het aantal kinderen onder de vier jaar. In 1990 konden 3 tot 4% van de kinderen tot 4 jaar opgevangen worden. De participatie van vrouwen is gegroeid van 39% in 1981 naar 56% in 1991. Hooghiemstra 1993, p. 444-453; cijfers o.a. van het CBS).

275 Boekholt en de Booy 1987, p. 243.

276 Van Rijswijk-Clerkx 1981, p. 354-355.

277 De daarmee gemoeide kosten beliepen 150 miljoen in 1990, oplopend tot 282 miljoen in 1993. *Kamerstukken II* 1990/91, 22 233, nr. 1-2, p. 5. De fiscale aftrek van kinderopvangkosten werd tegelijkertijd opgeheven in verband met de zogenaamde Oort-operatie (Regeringsstandpunt kinderopvang, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 180, nr. 1, p. 5).

278 Regeringsstandpunt Kinderopvang, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 180, nr. 1, p. 5-11.

279 Regeringsstandpunt Kinderopvang, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 180, nr. 1, p. 11.

kinderen was in Nederland eind jaren tachtig kortom een duidelijk voorbeeld van een *privérisico* van de werknemer. Kinderen vanaf 5 jaar waren leerplichtig en werden onderwezen in door de nationale overheid gefinancierde scholen. De openingstijden van deze scholen waren echter onvoldoende afgestemd op reguliere werktijden van voltijd werkende ouders. Voor- en naschoolse opvang was niet geïnstitutionaliseerd en derhalve ook een *privérisico* van de werknemer.

4.3.6 Conclusie

Vanaf midden jaren dertig tot eind jaren zeventig was het kostwinnersmodel dominant in verschillende opzichten. De meeste gezinnen conformeerden zich aan het klassieke kostwinnersmodel, waarin de man buitenshuis werkte en de vrouw binnenshuis onbetaald zorgde. Dit feitelijke overwicht van het kostwinnersmodel was in overeenstemming met de culturele voorkeuren van de meeste Nederlanders. Het kostwinnersmodel was bovendien ook normatief voor de overheid. In arbeidsrechtelijke wetgeving was het kostwinnersmodel de norm. Het feit dat vrouwen zich voornamelijk bezig hielden met het verlenen van onbetaalde zorg in de privé sfeer was ook door de wetgever geregeld aangemerkt als zijnde in het maatschappelijk belang. Afwijking daarvan zonder noodzaak werd veelal gezien als een *'privérisico'*, waarvan men de gevolgen zelf moest dragen. Ook de infrastructuur was afgestemd op het traditionele gezin. Schooltijden en openingstijden van winkels en instituten waren afgestemd op de veronderstelling dat er van het gezin één lid voltijds vrijgesteld was van het verrichten van betaald werk. Voor alternatieve verdeelmodellen, zoals de evenredige verdeling van arbeid en zorg of het uitbesteden van zorg aan derden tegen betaling, was niet of nauwelijks ondersteuning van de wetgever.

Voor werkgevers had de dominantie van het kostwinnersmodel tot gevolg dat zij in overwegende mate te maken hadden met werknemers die enerzijds onderhoudsverplichtingen hadden voor een gezin, maar anderzijds vrijgesteld waren van zorgtaken. De dwingendrechtelijke bescherming van werknemers was hier op afgestemd. Werkgevers werden enerzijds verplicht financieel bij te dragen aan het onderhouden van het gezin van hun werknemers. Die bijdrage bestond uit loon dat minimaal voldoende moest zijn voor het onderhouden van twee volwassenen en kinderen. Daarnaast bestond die bijdrage uit premies voor werknemersverzekeringen en volksverzekeringen, waarmee de kosten en risico's van een gezin met één kostwinner werden gedekt. Anderzijds hoefden werkgevers bij de vaststelling van de arbeidstijden en arbeidsduur niet of nauwelijks rekening te houden met zorgtaken van werknemers. De 'voltijds' werkweek was afgestemd op de behoefte van een werknemer die slechts in beperkte mate belangen buiten het werk te behartigen had, ofwel omdat hij geen gezin had, ofwel omdat hij de gezinszorg overliet aan zijn vrouw. Wilden vrouwen, inclusief gehuwde vrouwen, toch werken, dan diende de werkgever tot eind jaren tachtig slechts rekening te houden met de beperkingen bij nachtarbeid, overwerk, en weekendarbeid, beperkingen die bijna een eeuw geleden waren ingevoerd en sindsdien niet ingrijpend waren veranderd. De uitbreiding van verlofrechten en arbeidsduurverkorting in cao's in de loop van de twintigste eeuw was niet in het bijzonder ten goede gekomen aan werknemers met zorgtaken.

Vanaf de jaren zeventig begon de dominantie van het kostwinnersmodel maatschappelijk gezien te eroderen, vanwege de groeiende deelname van vrouwen aan betaalde arbeid. Steeds meer werknemers met zorgtaken waren in beroepsarbeid werkzaam, veelal in deeltijd. In de wet- en regelgeving erodeerde het kostwinnersmodel door de introductie van het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. De regels inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen brachten vooral gelijke rechten voor gelijke prestaties. De onderliggende assumptie van het kostwinnersmodel, dat werknemers in beginsel volledig beschikbaar waren voor arbeid zonder verplichtingen elders, bleef nog geruime tijd onaangetast in de arbeidsrechtelijke regels en praktijken. Het willen combineren van arbeid en zorg liet veel vrouwen geen andere keus dan te werken onder minder beschermende condities dan de voltijdswerknemer voor onbepaalde tijd. Verminderd beschikbaar zijn voor arbeid vanwege zorgtaken was daarmee een privéprobleem. Deze situatie werd versterkt door de opvatting dat de zorg voor kinderen een privétaak was. Nederlanders hadden weerstand tegen het uitbesteden van zorg voor kinderen aan derden, en die weerstand uitte zich tevens in de opvatting dat die zorg geen staatszaak was. Deze opvattingen bleken echter steeds minder te verenigen met de ook door de wetgever gewenste toename van arbeidsparticipatie van vrouwen. In de navolgende paragraaf wordt behandeld, hoe de opvattingen van de wetgever zich in dit opzicht hebben ontwikkeld.

4.4 Arbeid en zorgbeleid: van gelijke behandeling naar tweeverdienersmodel?

4.4.1 Inleiding

Lang was het kostwinnersmodel het enige door de overheid ondersteunde model voor de verdeling van arbeid en zorgtaken. Eind negentiende, begin twintigste eeuw stond de bescherming van het gezin en jonge kinderen voorop, in een tijd dat de kindersterfte in de arbeidersklasse hoog was. Toen de mannelijke werknemer in 1919 arbeidsduurbescherming kreeg, werd dat mede gerechtvaardigd door de belangen van het gezin. In het arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht kreeg de mannelijke kostwinner financiële bescherming en de zorgende werkneemster bescherming in tijd. De bescherming van het gezin was daarbij een belangrijke doelstelling. In de jaren zeventig kwam geleidelijk de roep om meer diversiteit in de door de wetgever ondersteunde combinatiemogelijkheden: de mogelijkheid dat de vrouw kostwinster was en niet de man; de mogelijkheid dat één van beide partners of allebei in deeltijd werkten; of de mogelijkheid dat beide partners voltijds werkten. De redenen om deze combinaties meer te ondersteunen waren voor een belangrijk deel gelegen in ideële doelstellingen, zoals de emancipatie van de vrouw en het vergroten van keuzemogelijkheden voor vrouwen. Geleidelijk zou de nadruk echter verschuiven naar het bevorderen van de arbeidsparticipatie van vrouwen.

4.4.2 Internationale verdragen als inspiratiebron

Omstreeks 1980 ontstond voor het eerst belangstelling van de wetgever voor het probleem van de combinatie van zorgtaken met arbeid.²⁸⁰ Daarop volgende internationale ontwikkelingen rechtvaardigden die belangstelling. Het ILO-verdrag nr. 103 'betreffende de bescherming van het moederschap', werd op 18 september 1981 door Nederland geratificeerd. Het Verdrag no. 156 'betreffende gelijke kansen voor een gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke arbeiders: arbeiders met gezinsverantwoordelijkheid' tot stand gebracht in juni 1981, was in 1983 aan de Kamer voorgelegd. Meer dan het vereiste aantal Tweede-Kamerleden verzocht om uitdrukkelijke goedkeuring.²⁸¹ Dit verdrag verplichtte de lidstaten om maatregelen te nemen die de combineerbaarheid van betaalde arbeid en zorgtaken moest vergemakkelijken. Zo stelde artikel 4 dat er in de arbeidsvoorwaarden rekening gehouden diende te worden met de behoeften van arbeiders met gezinsverantwoordelijkheid. Daartoe werd een aantal aanbevelingen gedaan: geleidelijke vermindering van het dagelijkse aantal werkuren, vermindering van het aantal overuren, soepeler regeling van werkroosters en het recht voor deeltijdwerkers na verloop van tijd weer voltijds te gaan werken, calamiteitenverlof, gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden voor deeltijdwerkers, tijdelijke arbeidskrachten en thuiswerkers. Zoals al blijkt uit de titel van dit verdrag, worden deze regelingen aanbevolen ter bevordering van het recht op gelijke behandeling van de vrouw. Het verdrag is in 1988 geratificeerd.²⁸²

4.4.3 Emancipatie en ontplooiing

In de Nota Combinatie Ouderschap-betaalde arbeid van 1983 onderschreef de regering de wenselijkheid van het vergroten van de mogelijkheden tot combinatie van de verzorging van kinderen en betaalde arbeid. Om bij te dragen aan de emancipatie van de vrouw was het volgens de regering noodzakelijk om haar keuzemogelijkheden te vergroten. Dit kon onder andere door herverdeling van betaalde en onbetaalde arbeid te stimuleren. Ter ondersteuning van deze visie werd onder andere gewezen op het feit dat steeds meer vrouwen betaalde arbeid verrichtten, en dat ook culturele ontwikkelingen in die richting wezen, aangezien Nederlanders in grote meerderheid vonden dat ook mannen verantwoordelijk waren voor de verzorging van kinderen.²⁸³ Onder de emancipatie van de vrouw werd aldus begrepen het toegankelijk maken van ontplooiingsmogelijkheden via arbeid voor de vrouw, en het bevorderen van financiële onafhankelijkheid voor de vrouw. In 1985 stelde de overheid zich tot doel 'het bereiken van een situatie waarin ieder volwassen individu, ongeacht sekse, burgerlijke staat of de leefvorm waarvan

280 Het kabinet vroeg in 1981 advies aan de SER en de Emancipatieraad, leidende tot SER 83/20 en ER Advies 83/19 en de Nota Combinatie ouderschap-betaalde arbeid, *Kamerstukken II* 1985/86, 19 368, nr. 2.

281 *Kamerstukken II* 1983/84, 18 288 (R 1249), nr. 2.

282 Op 24 maart 1988 heeft Nederland het IAO-verdrag 156 geratificeerd. Zie www.ilo.org/ilolex.

283 Nota Combinatie ouderschap-betaalde arbeid, *Kamerstukken II* 1985/86, 19 368, 2, p. 5.

hij of zij deel uitmaakt, een zelfstandig bestaan kan opbouwen.²⁸⁴ Hoewel het bevorderen van arbeidsparticipatie deel uitmaakte van deze doelstellingen, stond het nog niet op de voorgrond. In principe dacht de wetgever bij het bevorderen van zelfstandigheid weliswaar aan een groeiende deelname aan de betaalde arbeid. Waar mogelijkheden daartoe ontbraken, dacht men echter ook aan het realiseren van een (eigen recht op) uitkering.²⁸⁵

In eerste instantie zocht men de middelen voor het bereiken van het emancipatiedoel kortom in het vergroten van keuzemogelijkheden voor vrouwen. Daartoe werden, zoals al bleek, belemmerende bepalingen voor vrouwenarbeid in de Arbeidswet 1919 afgeschaft (zie hoofdstuk 3). Ook werden rechten op gelijke behandeling bij de arbeid ingevoerd (zie ook hoofdstuk 5), en kostwinnersbepalingen in de sociale zekerheid grotendeels afgeschaft. Vervolgens realiseerde men zich, dat in een stelsel waarin niet alle werknemers nog zouden kunnen rekenen op 'de huisvrouw' voor het verrichten van zorgtaken, oplossingen moesten worden gezocht voor de combinatie van arbeid en zorg.

De eerste nieuwe regeling die werd geïntroduceerd om de combinatie van arbeid en zorg mogelijk te maken, was de wettelijke regeling voor ouderschapsverlof in 1991. Een recht op onbetaald ouderschapsverlof werd aan zowel vrouwen als mannen verleend. De wet had als bijzondere doelstelling om werknemers meer mogelijkheden te geven ouderschapstaken te combineren met betaalde arbeid, alsmede een bijdrage te leveren aan de herverdeling van betaalde en onbetaalde arbeid. Mannen konden volgens de regering desgewenst meer tijd aan de opvoeding van hun kind besteden, voor vrouwen kon de ouderschapsverlofregeling er toe bijdragen dat het krijgen van een kind geen aanleiding behoefde te zijn (geheel) uit het arbeidsproces te stappen.²⁸⁶ Tevens diende men het ouderschapsverlof te beschouwen als een maatregel die moest bijdragen aan een gelijkstelling van mannen en vrouwen bij de arbeid.²⁸⁷ Daarnaast kon de regeling leiden tot een grotere arbeidsparticipatie van vrouwen, waardoor een door vergrijzing en ontgroening dreigend tekort aan arbeidskrachten kan worden voorkomen.²⁸⁸

In de literatuur was men wat teleurgesteld over de beperkte omvang van het recht, zeker gezien de bestaande rechten in sommige ons omringende landen.²⁸⁹ Vanuit

284 Beleidsplan Emancipatie, *Kamerstukken II* 1984/85, 19 052, nr. 2, p. 23-25.

285 Beleidsplan Emancipatie, *Kamerstukken II* 1984/85, 19 052, nr. 2, p. 23-25. Hierbij moest men denken aan het schrappen van de kostwinnersbepalingen in de werknemersverzekeringen. Vanuit de vrouwenbeweging leidde deze doelstelling tot verdergaande voorstellen voor 'zorgverzekeringen', waarbij een (al dan niet alleenstaande) ouder voor kinderen kon zorgen en financieel onafhankelijk kon zijn middels een uitkering, bv. een basisuitkering. Zie bv. Holtmaat 1987 en Holtmaat 1992, p. 327.

286 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 528, nr. 5, p. 1.

287 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 528, nr. 3, p. 1.

288 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 528, nr. 5, p. 8.

289 Elzinga en Prechal 1985, p. 53-60; Holtmaat 1986a, p. 187; Wentholt 1987, p. 408-418; Adema en Wüst 1991, p. 10-14. Het verschil was vooral groot met de regelingen in de toenmalige oost-blok landen en Zweden.

verschillende kanten werd de kritiek geuit, dat een verlofregeling weinig aantrekkelijk zou zijn voor mannen, als het verlof onbetaald zou zijn, nu mannen doorgaans het belangrijkste deel van het gezinsinkomen moesten leveren. Doelstelling en middel bleven niettemin geruime tijd gehandhaafd.

4.4.4 *Het combinatiescenario: ambitieuze doelstelling, bescheiden middelen*

In ieder geval in opzet was het ouderschapsverlof niet alleen bedoeld om vrouwen meer betaalde arbeid te laten verrichten, maar ook om mannen meer onbetaalde arbeid te laten verrichten. Het herverdelen van onbetaalde arbeid tussen vrouwen en mannen werd in 1992 benoemd als speerpunt van emancipatiebeleid.²⁹⁰ In de emancipatienota van 1995 koos het kabinet het zogenoemde 'combinatiescenario' van de Commissie toekomstscenario's herverdeling onbetaalde arbeid als een 'inspiratiebron en een mogelijk richtsnoer voor toekomstig beleid'.²⁹¹ Volgens dat scenario worden betaalde arbeid en onbetaalde arbeid c.q. zorg gecombineerd door zowel mannen als vrouwen. Dat was een relatief ambitieus doel, omdat het een ingrijpende gedragsverandering van vooral mannen voor ogen had.²⁹²

Het slagen van die ambitie werd echter belemmerd door een ontwikkeling in het algemene wetgevingsbeleid, waarin meer dan daarvoor gestreefd werd naar het terugdringen van regeldruk en versterking van marktwerking.²⁹³ Dit had ook gevolgen voor het sociale wetgevingsbeleid. In 1995 kondigde de regering een nieuwe visie op de verzorgingsstaat aan, als gevolg waarvan beperkende voorwaarden werden gesteld aan sociale wetgeving, waaronder het arbeid- en zorgbeleid.²⁹⁴ Drie beginselen werden geformuleerd als uitgangspunt voor toekomstig beleid: een voorkeur voor oplossingen in de private sfeer in plaats van in de publieke sfeer; een voorkeur voor oplossingen in het civiele recht in plaats van publiekrechtelijke sociale verzekeringen; en een voorkeur voor solidariteit op kleine schaal in plaats van op nationaal niveau. Deze beginselen zouden volgens de regering verantwoordelijk gedrag en het beperken van risico's bevorderen bij alle betrokkenen. Volgens deze nieuwe uitgangspunten zou de arbeidsmarktparticipatie van werknemers in toenemende mate de verantwoordelijkheid van werkgevers worden. Het afdwingen van de nakoming van deze verantwoordelijkheden moest bovendien bij voorkeur niet door de staat gebeuren maar in de handen van werknemers liggen. Dwingendrechtelijke

290 Beleidsprogramma emancipatie, *Kamerstukken II* 1992/93, 22 913, nr. 1-2.

291 Commissie Toekomstscenario's Herverdeling Onbetaalde Arbeid, Onbetaalde zorg gelijk verdeeld. Den Haag: VUGA, 1995. Deze keuze staat in de nota Emancipatie in uitvoering. Koersbepaling van het emancipatiebeleid na 1995, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 406, nr. 4.

292 Kritisch hierover Van der Heijden 1992b.

293 In 1992 kwamen de eerste Aanwijzingen voor de regelgeving (Awv) tot stand (Besluit van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230), waarin behalve aanwijzingen met wetgevingstechnieken ook terughoudendheid met wetgeving, lastenbeperking en zelfregulering als aanwijzing voorkwamen. In het kader van het project Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit (MDW) (1994-2002) kwam vervolgens de nadruk sterk te liggen op vermindering van de lastendruk voor het bedrijfsleven en versterking van de marktwerking (*Kamerstukken II* 1994/95, 24 036, nr. 1).

294 Sociale Nota 1995, *Kamerstukken II* 1994/95, 23 902, nr. 1-2.

regelgeving moest voortaan zoveel mogelijk beperkt worden tot een minimum, zodat werkgevers en werknemers bovenwettelijke afspraken op maat konden maken.²⁹⁵

Deze nieuwe visie legde uiteraard een beperking op aan de maatregelen die in het kader van het arbeid en zorg-beleid konden worden genomen. Publieke financiering van maatregelen was hiermee in beginsel uit den boze verklaard. Daaruit vloeide voort dat oplossingen vooral werden gezocht in het creëren van rechten op verlof. Financiering van het verlof door de werkgever lag echter ook gevoelig, gelet op de wens de lasten voor het bedrijfsleven te verminderen. Dat verlof zou daarom grotendeels onbetaald blijven, behoudens een incidentele fiscale stimuleringsmaatregel en de loondoorbetalingsverplichting bij kortdurend zorgverlof. Al sinds de invoering van het recht op ouderschapsverlof werd onderkend dat het onbetaald blijven van dat verlof de taakverdeling tussen mannen en vrouwen dreigde te bestendigen, omdat mannen daardoor afzien van het opnemen van het verlof. De mogelijkheid het verlof door te betalen duikt met enige regelmaat op in het politieke debat en is in 2001 ook serieus bestudeerd door de wetgever, maar het heeft niet tot een inkomensvoorziening geleid (zie par. 4.5.2).

4.4.5 Arbeid- en zorgbeleid als economische investering

De motivering voor het invoeren van arbeid- en zorgwetgeving kreeg daarnaast steeds duidelijker een economische achtergrond. In 1997 nam het kabinet zich voor om te komen tot een Wet arbeid en zorg, ten einde ten eerste de combinatie van arbeid en zorg te vergemakkelijken, en ten tweede de arbeidsparticipatie van vrouwen te bevorderen.²⁹⁶ Volgens de regering waren de problemen in verband met de combinatie van arbeid en zorg tot dan toe een privéverantwoordelijkheid geweest, maar dat diende te veranderen omdat daar een groot maatschappelijk belang mee gemoeid was. Dit belang bestond uit het bevorderen van arbeidsparticipatie van vrouwen ter ondersteuning van hun economische zelfstandigheid.²⁹⁷ In het geding was volgens de regering zowel het tegemoet komen aan een in de maatschappij levende behoefte, als een economische overweging.

De economische overweging was in vergelijking met de voorgaande periode steeds minder vrijblijvend. De in Nederland relatief lage deelname van vrouwen aan het arbeidsproces, gemeten in arbeidsuren, werd zorgwekkend gevonden.²⁹⁸ Deze lage deelname bevorderde namelijk de economische afhankelijkheid van vrouwen, niet alleen van hun partner, maar in voorkomende gevallen ook van het sociale vangnet. Bevordering van arbeidsparticipatie werd voorts noodzakelijk geacht in het licht van de komende vergrijzing.²⁹⁹ Er werden analyses gemaakt van de kosten en baten van

295 Nota Flexibiliteit en Zekerheid, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 543, nr. 1; *Kamerstukken II* 1997/98, 26 079, nr. 3, p. 2.

296 Regeerakkoord 1997, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 024, nr. 24, p. 27 e.v.

297 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 5 en 6.

298 Om de groei van de economie mogelijk te maken zonder al te hoge loonkosten, en om het draagvlak voor de sociale zekerheid veilig te stellen. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 5.

299 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 5 en 6.

toegenomen participatie van vrouwen, met een poging tot kwantificering van de kosten van kostwinnersfaciliteiten versus de kosten van een combinatiescenario.³⁰⁰ Arbeid- en zorgbeleid werd kortom steeds meer gepresenteerd als een waardevolle economische investering. Ook het fiscale recht werd sinds eind jaren negentig steeds vaker ingezet met het doel de arbeidsparticipatie van vrouwen te bevorderen.³⁰¹ Vergroting van arbeidsparticipatie was overigens niet alleen een nationale doelstelling, maar sinds de eeuwwisseling ook onderdeel van de zogeheten Lissabon-afspraken. Daarmee wordt gedoeld op afspraken die door de regeringsleiders en staatshoofden van de EU tijdens een Europese top in maart 2000 in de Portugese hoofdstad Lissabon werden gemaakt. De EU stelde zich ten doel in 2010 te zijn veranderd in “de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie van de wereld”, met een arbeidsparticipatie van in het algemeen 70% en voor vrouwen 60%, en een economische groei van 3%.³⁰²

Omstreeks die tijd constateerde de wetgever evenwel, dat de doeleinden van het arbeid en zorg-beleid niet dichterbij kwamen. Vrouwen verrichtten nog steeds het merendeel van de onbetaalde arbeid en mannen het merendeel van de betaalde arbeid. Vrouwen waren bovendien merendeels economisch afhankelijk van het inkomen van hun man. Het gerealiseerde model tot dan toe was het ‘anderhalfverdienersmodel’, en niet het combinatiescenario.³⁰³ Er was in Nederland inmiddels een patroon gegroeid waarin binnen veel gezinnen de man een stabiele voltijdsbaan had en de vrouw een deeltijdsbaan of flexibele arbeid, waardoor zij een groot deel van de zorgtaken zelf kon verrichten.³⁰⁴

De overheid sprak in 1999 (nogmaals) de ambitie uit om dit ‘anderhalfverdienersmodel’ door te laten groeien naar het ‘combinatiescenario’ waarin mannen en vrouwen werk en zorgtaken op evenwichtige wijze zouden moeten gaan verdelen, zodat zowel mannen als vrouwen periodes in hun leven in deeltijd zouden werken.³⁰⁵ Om deze doelstelling te bereiken waren twee strategieën noodzakelijk: enerzijds het stimuleren van vrouwen om meer uren te gaan werken en minder te gaan zorgen, en anderzijds het stimuleren van mannen om minder uren te gaan werken en meer te gaan zorgen. Voor de laatste was het echter noodzakelijk om mannen financieel te compenseren voor de vermindering van het aantal uren betaald werk. Zoals gezegd zou een eventuele publieke financiering van deze compensatie echter in strijd komen met de beginselen voor een terughoudend

300 Plantenga 2000; met verwijzing naar studies van de WRR en de Commissie Toekomstscenario's Herverdeling Onbetaalde Arbeid.

301 Niessen en Jongerius 2001; kritisch hierover Teunissen 2010. Door het ‘fiscale instrumentalisme’ betalen eenverdienersgezinnen (veel) meer belasting dan tweeverdienersgezinnen, hetgeen volgens Teunissen in strijd is met mensenrechten.

302 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 407, nr. 1, p. 53-54. Zie de conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad Lissabon 23 en 24 maart 2000: http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_nl.htm?textMode=on#II.

303 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 207, nr. 3, p. 3.

304 Portegijs e.a. 2008b, p. 32-37.

305 Ouders met kinderen hebben in dit scenario beiden een driekwart baan, zorgen beiden een deel van de week zelf voor de kinderen en maken voor een deel van de week gebruik van kinderopvang. Nota Arbeid en Zorg, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 5.

sociaal beleid, een beginsel dat nog eens werd herhaald.³⁰⁶ Het resultaat van de regeringsvoornemens was het in hoofdstuk 3 al aangestipte ‘responsieve arbeidstijden- en verlofrecht’, onder andere terug te vinden in de Wet Aanpassing Arbeidsduur en de Wet Arbeid en Zorg.

In de Wet Arbeid en Zorg (Wazo)³⁰⁷ werden in 2001 voornamelijk bestaande verlofrechten gebundeld. Daarnaast bevatte de wet een aantal nieuwe verlofrechten (zie uitvoerig par. 4.5). Met de bundeling van verlofrechten werd beoogd de uniformiteit, inzichtelijkheid en toegankelijkheid van de verschillende rechten te vergroten.³⁰⁸ De wet was tevens bedoeld als bevestiging van een gedeelde verantwoordelijkheid tussen werknemers, werkgevers en overheid op het terrein van de combinatie van arbeid en zorg. De regering wenste dit namelijk niet aan te merken als een particuliere aangelegenheid.³⁰⁹ Het belang daarvan oversteeg volgens de regering namelijk het belang van die vrouwen zelf. De arbeidsmarkt kon het arbeidsaanbod van vrouwen niet missen, omdat ontgroening en vergrijzing voor een afnemende instroom en een toenemende uitstroom op de arbeidsmarkt zorgen. Om het arbeidsaanbod en het draagvlak voor de sociale voorzieningen op peil te houden, achtte de regering een optimale inzet van het arbeidspotentieel, ook dat van vrouwen, noodzakelijk.³¹⁰ Het gewenste aandeel van de wetgever in deze aangelegenheid werd evenwel gesteld op het vastleggen van een minimumregeling in de wet.³¹¹ Deze minimumregeling bestond overwegend uit het regelen van rechten op verlof of aanpassing van arbeidstijden aan de behoefte van werknemers. De facto concentreerde het arbeid- en zorgbeleid zich derhalve op de tweede strategie, het vergroten van de arbeidsparticipatie van vrouwen door het faciliteren van de combinatie van arbeid en zorg.

De toenemende nadruk op arbeidsparticipatie van vrouwen in plaats van op het vergroten van ontplooiingsmogelijkheden voor vrouwen of de herverdeling van arbeid en zorg tussen mannen en vrouwen, kan gezien worden als een omslag in beleid. Aan die omslag kunnen zowel ideële, verdragsrechtelijke als economische motieven ten grondslag worden gelegd. Natuurlijk waren er nog steeds ideële motieven voor het benadrukken van arbeidsparticipatie, geïnspireerd op de gedachte dat deelname aan betaalde arbeid allerlei voordelen oplevert, zoals zelfstandigheid, zelfwaardering en welzijn. Veel minder vrijblijvend waren echter de zwaarwegende economische doelstellingen als het beperken van uitkeringsafhankelijkheid en het vergroten van draagvlak voor premie- en belastingheffing. Economische ontwikkelingen leken het steeds meer noodzakelijk te maken dat het arbeidsaanbod zou blijven groeien, mede met het oog op de komende vergrijzing. De participatiedoelstellingen werden voorts zoals vermeld mede ingegeven door Europese inspanningsverplichtingen in die richting.

306 Nota Arbeid en Zorg, *Kamerstukken II*, 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 7.

307 Wet van 16 november 2001, Stb. 2001, 567, i.w.tr. 1 december 2001.

308 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 207, nr. 3 p. 16.

309 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 207, nr. 3, p. 9.

310 Discussienota Arbeid en Zorg, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 5.

311 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 207, nr. 3, p. 9.

4.4.6 Het anderhalfverdienersmodel: flexibel en zeker

Een tweeverdienerseconomie waarin iedereen voltijds werkt, wordt ondanks de participatiedoelstellingen nog steeds niet openlijk nagestreefd. In het eerste decennium van deze eeuw waren deeltijdarbeid en onbetaald verlof als oplossing van het arbeid en zorgprobleem nog niet verdwenen uit het nagestreefte scenario. Daarvoor kunnen zowel ideële, verdragsrechtelijke als economische motieven worden aangevoerd. Ideëel had het anderhalfverdienersmodel de voorkeur boven het nastreven van een voltijdse werkweek voor iedereen, omdat het zoals gezegd aansloot bij de heersende culturele voorkeur van Nederlanders om kinderen zoveel mogelijk door hun ouders te laten verzorgen. Aan die keuzemogelijkheid hechtte men rondom de eeuwwisseling veel waarde.³¹² Het alternatief, het stimuleren van (voltijdse) arbeid door het financieren van (voltijds) kinderopvang, was met die culturele voorkeuren niet goed te verenigen. Kinderopvangbeleid bleef dan ook relatief lang uit. Structurele bevordering van kinderopvang werd pas vanaf 2005 ter hand genomen (zie par. 4.5.5). Daarnaast valt te wijzen op het feit dat de Europese Richtlijnen de lidstaten vooral verplichten om 'arbeid en zorg' faciliteiten te scheppen die recht op vrije tijd of verlof geven (zie par. 4.5.1). Europees beleid dat (ook) past bij een tweeverdienersmodel, zoals het bevorderen van het gebruik van kinderopvang, is tot nog toe niet bindend.³¹³ Ook de relevante Europeesrechtelijke voorschriften bevorderen dus in die zin een 'anderhalfverdienersmodel'.

Mede gelet op de genoemde culturele voorkeuren en de Europese context was het 'anderhalfverdienersmodel' wellicht het best haalbare vanuit het oogpunt van participatiebevordering. Het 'anderhalfverdienersmodel' leek economisch gezien bovendien niet per se problematisch. Zoals al bleek in hoofdstuk 3 en par. 4.3.4, kwam vanaf de jaren tachtig het 'flexibiliseren' van het bedrijfsleven in zwang, zowel bij de wetgever als bij het bedrijfsleven zelf. Men signaleerde een toenemend streven naar een gedeeltelijk flexibel arbeidsaanbod, dat al naar gelang de behoefte nu eens groter, en dan weer kleiner zou zijn. De arbeidskrachten met verminderde rechtsbescherming in een onderneming worden ook wel aangeduid als de 'flexibele schil'. Om dergelijke flexibiliteit mogelijk te maken moet er een reservoir aan arbeidskrachten zijn, voor wie dat soort arbeid om welke reden dan ook aantrekkelijk is. Dat kan onder andere het geval zijn als er (veel) huishoudens zijn die primair rekenen op één stabiel inkomen (meestal van de man), dat ze aanvullen met een variabel inkomen (meestal van de vrouw) al naar gelang het uitkomt. Het aandeel vrouwelijke werknemers onder de groep met flexibele arbeidsrelaties is lang groter geweest dan het aandeel mannen. Sommige van die vrouwen prefereren zelf een flexibele arbeidsrelatie boven de zekerheid van een contract voor onbepaalde tijd, omdat ze daarmee arbeid en zorg beter kunnen combineren.³¹⁴

312 Discussienota Arbeid en Zorg, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 5. Dit hing ook samen met de meer algemene doelstelling van 'onthaasten', dat wil zeggen het mogelijk maken van een minder stressvol bestaan. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 224, nr. 7 p. 4.

313 Barnard 2006, p. 379.

314 Zie Van den Toren e.a. 2002: onderzoek thuiszorgcao (alphahulpverlening, kraamzorg). p. 4-9.

Het gaat te ver om te zeggen dat de wetgever zich bij de keuze voor een bepaald 'arbeid-en-zorg-model' in de jaren negentig liet leiden door de behoefte aan flexibele arbeidskrachten in het bedrijfsleven. In de voorbereiding van de 'arbeid-en-zorg'-wetgeving werd echter aan deze behoefte wel gerefereerd. Zo stelde het kabinet in de Discussienota Arbeid en zorg: "Overigens groeit niet alleen bij werknemers de behoefte aan meer flexibiliteit. Ook werkgevers hebben steeds meer behoefte aan flexibel inzetbare werknemers. De uitdaging is om deze ontwikkelingen zo goed mogelijk met elkaar te verbinden. [...] De overheid wil met de voorstellen op het terrein van arbeid en zorg de ontwikkelingen naar een optimale arbeidsparticipatie stimuleren. De overheid plaatst haar rol in het perspectief van het leveren van een bijdrage aan de zowel door werkgevers als door werknemers gewenste mogelijkheden voor meer flexibiliteit en differentiatie in arbeidsduur, arbeidstijd en arbeidspatronen."³¹⁵ Ook in de toelichting op de Wet Aanpassing Arbeidsduur werd gesteld: "Deeltijdarbeid kan een bijdrage leveren aan het flexibiliseren van de werk- en bedrijfstijden en aan het afstemmen van de personeelsbezetting aan het werkaanbod."³¹⁶ Op andere terreinen kwam de wetgever werkgevers in deze behoefte aan flexibiliteit tegemoet, onder andere in de Wet flexibiliteit en zekerheid (zie ook par. 4.5.4). In de literatuur is er bovendien op gewezen, dat op het niveau van de SER en de Stichting van de Arbeid, sprake was van een koppeling tussen de arbeid en zorg-wetgeving enerzijds en de Wet Flexibiliteit en Zekerheid anderzijds, onder de noemer van modernisering van arbeidsrelaties.³¹⁷ Ook binnen de Europese Unie kwamen richtlijnen tot stand waarin getracht werd de behoefte van het bedrijfsleven aan flexibiliteit te combineren met de behoefte aan flexibele arbeid van werknemers met zorgtaken. Zo is deze dubbele doelstelling terug te vinden in de Deeltijdrichtlijn 1997/81/EG en Richtlijn 1999/70/EG inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (zie par. 5.3.4).

4.4.7 Naar een tweeverdienersmodel?

In de jaren na de eeuwwisseling werden de doelstellingen van de regering steeds meer omgebogen naar het vergroten van eigen verantwoordelijkheden van burgers voor keuzes in hun privéleven, het stimuleren van arbeidsparticipatie en het terugdringen van rechtsbescherming van werknemers. Bij het aantreden van het tweede kabinet Balkenende in 2004 kondigde de regering een omslag in het denken over sociale zekerheid aan.³¹⁸ Burgers moesten meer verantwoordelijkheid gaan nemen voor de planning van hun levensloop. Het eerste resultaat van deze omslag was de wet Levensloopverlof.³¹⁹ Een meer recente beleidsvisie sluit aan op deze invalshoek.

³¹⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 5. Een van de voordelen van het combinatiescenario is de volgende: "Met eigentijdse varianten van werktijdverkorting kan ook een verantwoorde loonkostenontwikkeling worden bereikt."

³¹⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 2.

³¹⁷ Wilthagen en Grünell 1999, p. 247.

³¹⁸ Zie bv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760 nr. 10, p. 13; p. 20; *Handelingen II* 25 november 2004, 28-1817. Zie ook de notitie Nieuwe accenten op het terrein van werk en inkomen, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 804, nr. 1 en de notitie Ontwikkelingen en keuzes in het stelsel van werk en inkomen, bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 29 804, nr. 23.

³¹⁹ Wet van 24 februari 2005, Stb. 2005, 115, i.w.tr. 1 januari 2006.

Nog steeds stelt de overheid zich ten doel om arbeid en zorg te faciliteren teneinde de arbeidsparticipatie van vrouwen te verhogen. De minister hoopt dit echter te kunnen bereiken door bestaande verlofrechten te stroomlijnen en te flexibiliseren, zonder daarbij de lasten van werkgevers te verzwaren.³²⁰

Het feit dat vrouwen in Nederland zoveel in deeltijd werken wordt sinds enkele jaren door de overheid bovendien steeds minder als een oplossing, en steeds meer als probleem gezien.³²¹ Deeltijdarbeid werd bij invoering van de WAA in 2001 nog gezien als een structurele oplossing voor een gewenst geachte evenwichtiger verdeling van arbeid- en zorgtaken over vrouwen en mannen.³²² De overheid stelt zich sinds 2005 echter ten doel om vrouwen te bewegen vaker grotere deeltijdbanen of voltijdbanen te aanvaarden. Ook met het oog op de vergrijzing en ontgroening was volgens het toenmalige kabinet een toenemende arbeidsdeelname van vrouwen van groot belang voor de economie.³²³ Dit wilde het kabinet onder andere bereiken middels een cultuurverandering.³²⁴ Bij wet- en regelgeving waarmee dit doel werd nagestreefd werd naast het verder flexibiliseren van arbeidstijden, gedacht aan voorzieningen voor kinderopvang, fiscale stimulering en 'verbetering van de markt voor persoonlijke dienstverlening'.³²⁵ Het uitbreiden van verlofregelingen ligt niet meer in het verschiep. Zo wordt op Europees niveau onderhandeld over uitbreiding van het zwangerschapsverlof, maar de Nederlandse regering heeft zich daar geen voorstander van verklaard.³²⁶ De mogelijkheid vakantiedagen op te sparen is zoals besproken onlangs beperkt, omdat werknemers volgens de wetgever thans voldoende mogelijkheden hebben om arbeid en zorg te combineren.³²⁷

Een trend die ten slotte nog van belang is, is de roep om het terugdringen van ontslagbescherming, die al sinds de jaren tachtig regelmatig opduikt in de Nederlandse politiek. In de jaren negentig heeft de Wet Flexibiliteit en Zekerheid geleid tot het verruimen van contracten voor bepaalde tijd. Ook nadien zijn enkele beleids- en wetwijzigingen gerealiseerd waarin de ontslagbescherming van werknemers werd teruggedrongen. Enkele daarvan zullen hierna aan de orde komen (zie par. 4.5.4). Volgens een recente visie op het arbeidsmarktbeleid is het verder terugdringen van de 'mobiliteitsbeperkende' factor van het ontslagrecht wenselijk. In plaats van 'baanzekerheid' moet gewerkt worden aan 'werkzekerheid', bijvoorbeeld middels

320 Beleidsverkenning modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 071, nr. 13, p. 4.

321 Zie Portegijs e.a. 2008, hoofdstuk 2, par. 2.6.

322 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 2.

323 Meerjarenbeleidsplan Emancipatie 2006-2010, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 420, nr. 2; Emancipatiebeleid 2008-2011, *Kamerstukken II* 2007-2008, 30 420, nr. 50 p. 14.

324 In april 2008 heeft het kabinet daartoe de Taskforce DeeltijdPlus ingesteld. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2007/08, 29 544, nr. 146; nr. 160. Zie Keuzenkamp 2009.

325 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 420, nr. 50 p. 16.

326 Brief van Minister SZW H.G.J. Kamp van 17 december 2010, Verslag Raad WSBVC 6 december 2010.

327 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 465, nr. 3, p. 7.

scholing.³²⁸ Het terugdringen van ontslagbescherming kan indirecte gevolgen hebben voor een beroep van werknemers op de rechten in de WAA en de Wazo. Niet voor niets gaan bijzondere rechten op verlof in het Nederlandse arbeidsrecht steevast gepaard met ontslagbescherming (zie verder par. 4.5.3). Wellicht heeft men bij het versoepelen van het ontslagrecht niet het oog op het laten vervallen van deze bijzondere opzegverboden. De positie van werknemers met zorgtaken wordt anderszids ook niet geïmpliciteerd in deze beleidsstukken.

4.5 De positie van werknemers met zorgtaken na 1990

In deze paragraaf wordt besproken wat de ontwikkelingen waren in de positie van de werknemer met zorgtaken na 1990. In meer detail zal de zogeheten responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving aan de orde komen, waarbij aandacht is voor verlofrechten (par. 4.5.1), inkomensbescherming tijdens verlof (par. 4.5.2) en ontslagbescherming en zorgverlof (par. 4.5.3). Net als in paragraaf 4.3 is er voorts aandacht voor ontwikkelingen in flexibele en deeltijdarbeidsrelaties sinds 1990, en ontwikkelingen in kinderopvang.

4.5.1 Ontwikkelingen in verlofrechten

Oplossingen voor de combinatie van arbeid en zorg werden vanaf begin jaren negentig blijkens het voorgaande vooral gezocht in het creëren van 'recht op tijd', in de vorm van verloven en recht op deeltijdwerken. In deze paragraaf wordt deze wetgeving in meer detail beschreven. Daarbij is tevens aandacht voor de wijze waarop de persoonlijke belangen van de werknemer en de belangen van de werkgever kunnen meewegen in deze regelgeving volgens de wetgever. Voorts is er aandacht voor de inkomensbescherming en de ontslagbescherming bij een beroep op deze wetgeving. De nieuwe 'rechten op tijd' gingen veelal gepaard met bijzondere ontslagbescherming. Maar anders dan bij de 'oude' verlofrechten, gingen zij niet steeds gepaard met een opvang van inkomensverlies.

De wetgeving wordt besproken in min of meer chronologische volgorde op basis van de eerste introductie van het betreffende recht. Een uitgebreide bespreking van de wijzigingen in de vakantiewetgeving en de wijzigingen in de Arbeidstijdenwet is te vinden in hoofdstuk 3. Een uitgebreide bespreking van het onderdeel aanpassing van de arbeidsduur is te vinden in par. 4.5.4. Een bespreking van jurisprudentie over deze wetten is te vinden in par. 4.6.

Zwangerschap en bevalling vanaf 1990

De eerste maatregel die werd gemotiveerd met de wens het combineren van betaalde arbeid en zorg voor zwangere of pas bevallen werkneemsters te vergemakkelijken, was de uitbreiding van de zwangerschapsverlofuitkering in de ZW van 12 naar 16 weken.

³²⁸ Brief van 12 maart 2010 inzake het Arbeidsmarktbeleid, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 544, nr. 238: Alle werkenden moeten in staat zijn van beroep, werkgever of sector te wisselen als dat nodig is. Dit vereist een nieuw evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid waarin de zekerheid dat er werk centraal staat, in plaats van de zekerheid van de eigen baan (p. 3). Het huidige ontslagstelsel is een mobiliteitsbeperkende factor (p. 12).

Bovendien werd het opnemen van dat verlof- annex uitkeringsrecht flexibeler.³²⁹ In 2001 werd het *de facto* al bestaande recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof nu ook formeel vastgelegd in hoofdstuk 3.1 Wazo. Het tot dan toe in de ZW geregelde recht op uitkering gedurende dat verlof werd verplaatst naar hoofdstuk 3.2 van die wet. De uitkering bedraagt nog immer 100% van het gemaximeerde dagloon van de verzekerde (zie par. 4.3.2).

Ook op het vlak van de bescherming van arbeidsomstandigheden waren er enkele ontwikkelingen. In 1992 kwam op Europees niveau tot stand de Richtlijn 1992/85/EEG betreffende de veiligheid en gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie.³³⁰ De bepalingen uit de richtlijn die betrekking hebben op arbeidsomstandigheden zijn verwerkt in het op de Arbowet gebaseerde Arbobesluit en in de Arbeidstijdenwet.³³¹ Niet alle bepalingen uit de Richtlijn zijn in nationaal recht omgezet. Volgens art. 11 lid 2 sub a van de richtlijn moeten rechten van de zwangere werkneemster verbonden aan de arbeidsovereenkomst, anders dan het recht op inkomen tijdens het verlof, worden gewaarborgd.³³² Deze bepaling is niet terug te vinden in het nationale recht.

Bescherming van de zwangere werkneemster op het vlak van arbeidstijden is sinds 1996 te vinden in par. 4.3 van de Arbeidstijdenwet.³³³ Daarin werd geregeld het behoud van het recht op loon tijdens het ondergaan van de noodzakelijke zwangerschapsonderzoeken (art. 4:5 lid 6 Artw). Ook is daarin geregeld het recht op 'zoogverlof' (art. 4:8 Artw). In lid 3 van dat artikel werd bepaald dat de werkneemster haar aanspraak op het naar tijdruimte vastgestelde loon behoudt tijdens dat verlof.

Ouderschapsverlof 1991 en wijzigingen nadien

De aandacht voor de combineerbaarheid van arbeid en zorg leidde al vanaf begin jaren tachtig tot belangstelling van de wetgever voor een regeling van ouderschapsverlof.³³⁴ Aanleiding daarvoor was tevens het ILO-verdrag nr. 156 en het feit dat een

329 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 106, nr. 3, p. 1; Wet van 22 februari 1990, Stb. 1990, 98. Verlof kon sindsdien worden opgenomen vanaf zes weken voor de voorziene bevallingsdatum, maar ook later tot maximaal vier weken voor die datum (thans art. 3:1 lid 2 Wazo).

330 Richtlijn 1992/85/EEG betreffende de veiligheid en gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, Richtlijn van 19 oktober 1992, PbEG 1992, L 348/1.

331 Asscher-Vonk e.a. 2007, p. 307.

332 Voor wat betreft het inkomen tijdens het verlof bepaalt art. 11 lid 1 dat een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering, van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie 'overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken' moet worden gewaarborgd, hetgeen een zekere beleidsvrijheid geeft. Die beleidsvrijheid bestaat niet voor de 'andere rechten' van de zwangere werkneemster.

333 Wet van 23 november 1995, Stb 1995, 598, i.w.tr. 1 januari 1996.

334 Het kabinet vroeg in 1981 advies aan de SER en de Emancipatieraad inzake de invoering van een ouderschapsverlof. Zie SER 83/20 en ER Advies Zorg en beroepsarbeid nr. 83/19. Het eerste voorstel werd gedaan in de Nota Combinatie Ouderschap-betaalde arbeid, *Kamerstukken II* 1985/86, 19 368, nr. 1-2. Zie Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 34.

EG-richtlijn op dat gebied in voorbereiding was.³³⁵ In 1987 werd een wetsvoorstel ingediend, leidend tot de inwerkingtreding van de wet op het Ouderschapsverlof in 1991.³³⁶ In 1996 werd een Europese Richtlijn inzake het ouderschapsverlof van kracht,³³⁷ tot stand gekomen in het kader van het 'Sociaal Protocol'.³³⁸ Dit leidde tot aanpassing van de regeling in het BW in 1997.³³⁹ In 2000 is de regeling verruimd tegelijkertijd met de wijziging van de vakantiewetgeving.³⁴⁰ In 2001 werd de regeling verplaatst naar hoofdstuk 6 Wazo. In 2008 zijn de artikelen 6:6 en 6:8 Wazo aangepast aan een uitspraak van het Hof van Justitie EG (zie hierna).³⁴¹ In 2009 is de regeling opnieuw verruimd.³⁴² De Europese Richtlijn 1996/34/EG is in 2010 vervangen door Richtlijn 2010/18/EU, waarin onder andere het recht op ouderschapsverlof is verlengd van minstens drie naar minstens vier maanden.³⁴³

Voorwaarden

Het recht op ouderschapsverlof kent een aantal voorwaarden. Het recht bestaat alleen als de dienstbetrekking ten minste een jaar heeft geduurd (art. 6:3 lid 1 Wazo). Volgens het kabinet was het redelijk om aan het toekennen van het recht op ouderschapsverlof de voorwaarde van een zekere binding met het bedrijf te verbinden. Uitgangspunt bij deze overweging was dat de werkgever bij gebruikmaking van het recht de nodige voorzieningen in het organisatorische vlak diende te treffen en dat het niet redelijk zou zijn dit te eisen indien de arbeidsverhouding zich nog niet 'gestabiliseerd' had.³⁴⁴ Volgens lid 2 van art. 6:3 Wazo worden perioden waarin arbeid wordt verricht, die elkaar opvolgen met een onderbreking van niet meer dan drie maanden, samengeteld voor de berekening van de termijn van een jaar.³⁴⁵

335 Monster 1995, p. 204. De Richtlijn werd in 1985 niet aangenomen wegens verzet van het Verenigd Koninkrijk. In de toelichting op het wetsvoorstel in 1990 werd gesteld dat internationale ontwikkelingen dwingen tot wettelijke regeling van het ouderschapsverlof (IAO 156 en IAO-aanbeveling 165); ouderschapsverlof is één van de maatregelen, die moeten leiden tot een algemene gelijkstelling van mannen en vrouwen bij de arbeid. *Kamerstukken II* 1989/90, 20 528, nr. 3, p. 1.

336 Wet van 21 november 1990, Stb. 1990, 562, i.w.tr. 1 januari 1991. Kritiek op (wetsvoorstel) 1991: Adema en Wüst 1991, p. 10-14; Holtmaat 1986a, p. 187-191; Wentholt 1987, p. 408-418.

337 Richtlijn 1996/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof (PbEG 1996, L 145/4), zoals gewijzigd bij Richtlijn 1997/75/EG van de Raad van 15 december 1997 (PbEG 1998, L 10/24) met als bijlage de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, gesloten op 14 december 1995, hierna: 'raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof'.

338 Conform de procedure in art. 139 EG-verdrag, thans art. 155 VWEU, kunnen contractuele afspraken tussen de sociale partners op EU-niveau leiden tot (voorstellen voor) richtlijnen.

339 Wet van 25 juni 1997, Stb. 1997, 266, i.w.tr. 1 juli 1997.

340 Wet van 30 november 2000, Stb. 2000, 545, i.w.tr. 1 februari 2001.

341 Stb. 2007, 552.

342 Wet van 18 december 2008, Stb. 2008, 565, i.w.tr. 1 januari 2009.

343 Richtlijn 2010/18/EU van de Raad van 8 maart 2010 tot uitvoering van de door BUSINESS EUROPE, UEAPME, het CEEP en het EVV gesloten herziene raamovereenkomst en tot intrekking van Richtlijn 1996/34/EG. De uiterlijke invoeringsdatum is 8 maart 2012.

344 Nota combinatie ouderschap en betaalde arbeid, *Kamerstukken II* 1985/86, 19 368, nr. 1-2, p. 28.

345 De samentellingsregel is gelijklopend aan de samentellingsregel in art. 7:668a BW, die is ingevoerd in 1998 met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid. Daarvoor werd verwezen naar de samentellingsregel in art. 1639k BW (1638oo lid 3 BW), waarbij het ging om een tussenperiode van 31 dagen.

De werknemer moet voorts in familierechtelijke betrekking staan tot een kind of duurzaam de verzorging van een kind als eigen kind op zich genomen hebben en op hetzelfde adres wonen (art. 6:1 lid 1 en 2 Wazo). Als het gaat om een 'eigen kind' van de werknemer geldt de voorwaarde, dat de werknemer het kind ook verzorgt of op hetzelfde adres woont dus niet. Overigens is ook geen voorwaarde voor het opnemen van het verlof, dat het daadwerkelijk gebruikt wordt voor zorgtaken.³⁴⁶ Voorwaarde was voorts in de versie van de wet van 1990 dat het kind waarop het verlof betrekking had nog niet kon worden toegelaten tot de basisschool (op dat moment 4 jaar) (art. 1638oo lid 2 BW). In 1997 is deze voorwaarde aangepast aan de Richtlijn inzake het Ouderschapsverlof. Verlof kan nu worden opgenomen totdat het kind waarop het verlof betrekking had de leeftijd van 8 jaar bereikte (thans art. 6:4 Wazo). Het uitgangspunt van de wetgever is, dat een werknemer voor elk kind een keer gebruik kan maken van zijn recht op ouderschapsverlof, ook als hij een nieuwe werkgever krijgt.³⁴⁷ Deze bedoeling blijkt impliciet uit art. 6:2 lid 6 Wazo. Daaruit blijkt dat als een werknemer zijn verlof nog niet heeft opgemaakt op grond van art. 6:2 lid 4 sub b Wazo, hij het resterende deel van het verlof bij de opvolgende werkgever mag opmaken.

Duur en spreiding van het verlof

Het ouderschapsverlof duurde volgens de wet uit 1990 ten hoogste zes maanden en kon alleen worden opgenomen als de werknemer ten minste twintig uur bleef werken. Onder andere vanwege een wat tegenvallend gebruik van de wet is de regeling in 1997 in dat opzicht verruimd.³⁴⁸ De omvang van het verlof bedroeg daarna maximaal de arbeidsduur per week gerekend over een periode van dertien weken (art. 7:644 lid 3 BW). De ondergrens van de resterende arbeidstijd van ten minste 20 uur per week werd vervangen door de bepaling dat verlof kon worden opgenomen gedurende de helft van de arbeidsduur per week. Op verzoek kon het verlof meer uren per week bedragen of gedurende een langere periode worden opgenomen, tenzij gewichtige redenen zich daartegen zouden verzetten (art. 7:644 lid 4, thans art. 6:2 lid 4 en 5 Wazo). In 2000 werd bij meerlingen een aanspraak op verlof toegekend voor elk kind en werd het recht op ouderschapsverlof ook toegekend aan aspirant-adoptieouders die de adoptieprocedure nog niet hebben afgerond, maar al wel de verzorging van het kind op zich hebben genomen.³⁴⁹ In 2001 werd de regeling van het ouderschapsverlof zoals gezegd verplaatst naar de Wazo. Bij die gelegenheid werd het tevens mogelijk gemaakt het ouderschapsverlof op te knippen in drie perioden van een maand voltijds verlof (art. 6:2 lid 4 sub b Wazo). Deze mogelijkheid kan van pas komen voor ouders die thuis willen blijven tijdens de schoolvakanties van hun kinderen.³⁵⁰ Een vorm van 'opknippen' van het verlof is ook

346 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 207, nr. 5, p. 52.

347 *Handelingen I* 2001/02, p. 6.264; zie De Wolff 2002, p. 52.

348 Wet van 25 juni 1997, Stb. 1997, 266, i.w.tr. 1 juli 1997. Zie *Kamerstukken II* 1995/1996, 24 869, nr. 3, p. 3. Drie jaar na inwerkingtreding van de wet hadden 27% van de vrouwelijke en 11% van de mannelijke rechthebbenden verlof opgenomen.

349 Wet van 30 november 2000, Stb. 2000, 545, i.w.tr. 1 februari 2001.

350 Aldus De Wolff 2002, p. 50.

mogelijk geworden wanneer tijdens het ouderschapsverlof recht ontstaat op zwangerschapsverlof. Als gevolg van een uitspraak van het Hof van Justitie EG mag het recht op ouderschapsverlof dan niet vervallen, maar moet het worden opgeschort.³⁵¹ Ten gevolge van deze uitspraak zijn de artikelen 6:6 en 6:8 Wazo met ingang van 1 januari 2008 aangepast.³⁵² In 2009 is de duur van het ouderschapsverlof verlengd van 13 naar 26 weken en is de periode gedurende welke het verlof kan worden opgenomen verruimd van zes naar twaalf maanden.³⁵³

Het recht op ouderschapsverlof is ongeclausuleerd. Dat wil zeggen dat er geen ruimte is voor een belangenafweging als het gaat om de verlofwens zelf. Wel is er ruimte voor een belangenafweging als het gaat om de spreiding van het verlof, de spreiding van de resterende arbeidsuren over de week, of het niet voortzetten of afbreken van het verlof. Als de werknemer het verlof flexibel wil opnemen in een andere vorm dan een aaneengesloten periode van ten hoogste twaalf maanden gedurende ten hoogste de helft van de arbeidsduur per week, kan de werkgever het verzoek afwijzen indien een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang zich hiertegen verzet (art. 6:2 lid 5 Wazo). De werknemer mag bij het aanvragen van zijn verlof aangeven, hoe de resterende arbeidsuren over de week gespreid moeten worden. De werkgever mag de spreiding van de uren over de week echter op grond van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang wijzigen, tot vier weken voor het tijdstip van ingang van het verlof (art. 6:5 lid 1 en lid 3 Wazo). Een verzoek om het verlof niet op te nemen of niet voort te zetten op grond van onvoorziene omstandigheden kan de werkgever afwijzen met een beroep op een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. Is de reden voor het afbreken of niet voortzetten van het verlof gelegen in het opnemen van zwangerschaps- bevallings- of adoptieverlof, dan dient de werkgever hier wel zonder meer mee in te stemmen (art. 6:6 lid 1 Wazo). Ten slotte is er ruimte voor een belangenafweging als de arbeid buiten Nederlands wordt verricht. Dan kan een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang zich tegen opname van verlof verzetten (art. 6:1 lid 3 Wazo).

De term zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang is bij invoering van de Wazo in de plaats gekomen van de term 'gewichtige redenen'. Daarmee werd aansluiting gezocht bij de terminologie van de WAA en andere verlofvormen. Het gebruik van dezelfde terminologie betekent volgens de wetgever overigens niet dat daaraan steeds dezelfde invulling moet worden gegeven. Het gewicht dat aan het zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang moet worden gegeven, hangt af van het onderwerp, dus van de inhoud van het verzoek van de werknemer. Bij de aanpassing van de arbeidsduur gaat het om een structurele aanpassing van de arbeidsduur, terwijl het ouderschapsverlof gaat om een in een tijd en omvang beperkte verkorting van

351 HvJ EG 14 april 2005, C-519/03, JAR 2005/102 (*Commissie vs. Luxemburg*). Zie ook HvJ EG 20 september 2007, C-116/06, JAR 2007/268 (*Kiiski*, uitsluiten in cao van mogelijkheid tot wijziging opvoedingsverlof wegens nieuwe zwangerschap in strijd met art. 8 en 11 van Richtlijn 1992/85/EEG, tevens in strijd met artikel 2 van Richtlijn 1976/207/EEG).

352 Stb. 2007, 552.

353 Belastingplan 2009, Wet van 18 december 2008, Stb. 2008, 565, i.w.tr. 1 januari 2009. *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 704, nr. 3, p. 13: op grond van een afspraak in het coalitieakkoord.

de arbeidsduur. In het geval van ouderschapsverlof is volgens de wetgever sprake van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang als de gang van zaken in de onderneming ernstig ontwricht zou worden en het belang van de werknemer in redelijkheid niet tegen de gevolgen daarvan voor de gang van zaken in de onderneming opweegt.³⁵⁴

Arbeidsvoorwaarden tijdens en na het verlof

Het ouderschapsverlof is onbetaald. Daarom verliest de werknemer over de uren waarop hij verlof geniet ook andere aanspraken die gerelateerd zijn aan het recht op loon. Zo bouwt hij geen vakantieaanspraken op (art. 7:634 lid 1 BW).³⁵⁵ Ook de pensioenrechtelijke en sociale zekerheidsrechtelijke gevolgen van het verlof waren grotendeels ongedekt.³⁵⁶ Voor wat betreft de sociale zekerheid heeft de wetgever in 1998 maatregelen genomen om dit te beperken, onder andere door te bepalen dat de WW-verzekering tijdens het verlof doorloopt en door voor de bepaling van het dagloon de periode van het verlof buiten beschouwing te laten tot een maximum van 78 weken verlof.³⁵⁷

De vraag in hoeverre de werkzaamheden van de werknemer inhoudelijk gewijzigd konden worden tijdens of na het verlof kwam niet expliciet aan de orde bij de behandeling van de wet van 1990.³⁵⁸ Wel werd opgemerkt dat voor zover arbeidsvoorwaarden niet samenhangen met het door de werknemer verdiende loon, de rechtspositie van de werknemer die verlof genoot gelijk moest blijven aan die welke gold vóór het moment van ingaan van het verlof. De opbouw van bijvoorbeeld anciënniteitsjaren loopt als gevolg daarvan door tijdens het verlof.³⁵⁹ Daarmee samenhangende rechten inzake opzegtermijnen, salarisanciënniteit en bevordering mogen dus door het opnemen van het verlof niet verstoord worden.³⁶⁰ Een bepaling waarin het recht op behoud van dergelijke rechten tijdens het verlof werd vastgesteld ontbreekt overigens in de wet. Dergelijke verplichtingen zijn wel expliciet opgenomen in de Ouderschapsverlofrichtlijn.³⁶¹ Clausule 2, art. 5 van de Ouderschapsverlofrichtlijn bepaalt dat de werknemer na afloop van het ouderschapsverlof het recht heeft terug te keren in zijn oude functie of, indien dat niet mogelijk is, in

354 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 207, nr. 5, p. 73. zie hierover ook Halman 2008, p. 241 e.v.

355 Zie hierover uitdrukkelijk *Kamerstukken II* 1987/88, 20 528, nr. 3, p. 7, nr. 5, p. 17 en nr. 7, p. 10. Peters merkt op dat het feit dat dit bij politiek verlof ex art. 7:635 lid 1 sub e BW wel het geval is, niet in de parlementaire behandeling aan de orde is gesteld. Peters losbl., art. 6:1, aant. 11.

356 Zie over de pensioenproblematiek Peters losbl., art. 6:1, aant. 11 en Thijssen 1990, p. 45-52.

357 De Wet wijziging van de ZW, de WAO, de WW en enkele andere wetten in verband met het wegnemen van belemmeringen in de sociale verzekeringswetten bij het opnemen van onbetaald verlof (Stb. 1998, 412). Zie Manse 1999. Kritisch hierover Asscher-Vonk 2001b, p. 376-381. Zij signaleert dat de werknemer tijdens het verlof in veel gevallen niet verzekerd is tegen de gevolgen van ziekte. Zie bv. CRvB 4 maart 2003, 01/2071 ZW, USZ 2003/120: geen recht op uitkering ZW in geval van ziekte tijdens onbetaald verlof.

358 Adema en Wüst 1991, p. 253.

359 *Kamerstukken II* 1987/88, 20 528, nr. 3, p. 7 en nr. 5, p. 21.

360 Zie Peters losbl., art. 6:1, aant. 11.

361 Richtlijn 1996/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof (PbEG 1996, L 145/4), zoals gewijzigd bij Richtlijn 1997/75/EG van de Raad van 15 december 1997 (PbEG 1998, L 10/24) met als bijlage de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, gesloten op 14 december 1995.

een gelijkwaardige of vergelijkbare functie die in overeenstemming is met zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding. Art. 6 bepaalt dat de op de datum van ingang van het ouderschapsverlof door de werknemer verworven rechten of rechten in wording ongewijzigd blijven behouden tot het einde van het ouderschapsverlof. Na afloop van het ouderschapsverlof zijn deze rechten volgens dit artikel 'met inbegrip van de uit de wetgeving, collectieve overeenkomsten of nationale gebruiken voortvloeiende veranderingen' van toepassing.

Het onderscheid tussen arbeidsvoorwaarden die wel en arbeidsvoorwaarden die niet door het verlof beïnvloed kunnen worden is niet altijd evident. Enerzijds moet opbouw van salarisanciënniteit doorlopen tijdens het verlof. Anderzijds wordt wel mogelijk geacht dat het uitloven van prestatiebonussen op grond van geleverde prestaties of gewerkte uren negatief wordt beïnvloed door het opnemen van het verlof.³⁶² Onderscheidend criterium lijkt te zijn de vraag of een bepaalde begunstiging samenhangt met de duur van de binding met de werkgever, of met geleverde prestaties. In het eerste geval mag het verlof geen rol spelen omdat de binding bewaard blijft, in het tweede geval mag het verlof wel een rol spelen omdat tijdens het verlof geen prestaties worden geleverd. Dezelfde problematiek speelt een rol bij het meetellen van anciënniteit bij deeltijders. Zie hierover nader de jurisprudentie besproken in par. 4.6.4 (jurisprudentie verlof) en par. 5.3.4 (indirecte discriminatie).

Wet financiering loopbaanonderbreking 1998

Het eerste paarse kabinet (1994-1998)³⁶³ vervolgde de weg naar een arbeidsbestel waarin arbeid en zorg kon worden gecombineerd. Het eerste, bescheiden resultaat van dit voornemen was de Wet financiering loopbaanonderbreking (Wet Finlo).³⁶⁴ Deze wet gaf voordelen aan werknemers zonder werkgevers te belasten. Hoewel de wetgever nog eens benadrukte dat de verantwoordelijkheid voor het inrichten van een nieuwe organisatie van de arbeid primair bij de sociale partners lag, wilde het deze bijdrage leveren omdat daarmee tegelijkertijd werklozen een kans op de arbeidsmarkt konden krijgen.³⁶⁵

De wet verleende geen recht op verlof, maar wel op een zekere inkomensbescherming tijdens langdurig verlof, als dat werd opgenomen op grond van bijvoorbeeld een cao of met instemming van de werkgever. De financiële tegemoetkoming zelf was vrij bescheiden.³⁶⁶ Voorwaarde voor het recht op een financiële tegemoetkoming was

³⁶² Peters losbl., art. 6:1, aant. 11.

³⁶³ De kabinetten Kok I (1994-1998) en Kok II (1998-2002), beide gevormd door PvdA, VVD en D66, worden paars genoemd.

³⁶⁴ Wet van 11 juni 1998, Stb. 1998, 411, houdende bepalingen inzake de financiering van de loopbaanonderbreking (Wet financiering loopbaanonderbreking), i.w.tr. 1 oktober 1998 (Stb. 1998, 544). Zie Westerveld 1997, p. 592-605.

³⁶⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 477, nr. 3, p. 2.

³⁶⁶ In 1998 bedroeg de tegemoetkoming € 11,68 (fl. 25,73) voor ieder opgenomen uur verlof per week, berekend over een maand. Per maand was dit maximaal € 443,80 (fl. 978) (op basis van 38 uur per week). In 2002 is het bedrag iets gestegen tot € 12,91 (fl. 28,44) per opgenomen verlof uur en maximaal € 490,54 (fl. 1081) per maand. Encyclopedie Sociale Verzekeringen, Kluwer, Commentaar art. 7:6 Wet arbeid en zorg.

onder andere dat de verlofganger voor minstens de helft van zijn arbeidsuren met verlof ging gedurende minstens twee maanden. Voorts moest de verlofganger worden vervangen door iemand die tot dan toe langdurig werkloos was geweest of een uitkering had gehad (art. 1 lid 1 Wet Finlo). Met die voorwaarde kon het ingrijpen van de wetgever worden gerechtvaardigd, aangezien dit de arbeidsparticipatie van werklozen kon stimuleren. In geval het verlof werd opgenomen om een terminaal zieke te verplegen, gold die laatste voorwaarde niet. In de praktijk zal deze voorwaarde niet zelden een struikelblok hebben gevormd voor een succesvol beroep op de regeling. De regeling genoot bijna geen deelnemers.³⁶⁷ In 2001 kwam deze wet terecht in hoofdstuk 7 Wazo. In 2006 is dit hoofdstuk vervangen door de Levensloopregeling (zie hierna).

Wet Aanpassing Arbeidsduur 2000 en Wet Arbeid en Zorg 2001

In het regeerakkoord voor het tweede 'Paarse' kabinet (1998-2002), was afgesproken om te komen tot een Wet arbeid en zorg, ten einde ten eerste de combinatie van arbeid en zorg te vergemakkelijken, en ten tweede de arbeidsparticipatie van vrouwen te bevorderen.³⁶⁸ Een van de eerste resultaten van deze voornemens was de Wet Aanpassing Arbeidsduur (WAA).³⁶⁹ Deze wet wordt behandeld in par. 4.5.4. In de daaropvolgende Wet Arbeid en Zorg (Wazo)³⁷⁰ werd in 2001 een aantal bestaande verlofrechten gebundeld. Daarmee werd beoogd de uniformiteit, inzichtelijkheid en toegankelijkheid van de verschillende rechten te vergroten.³⁷¹ De bundeling betrof onder andere het zwangerschaps- en bevallingsverlof, het ouderschapsverlof en de Wet financiering loopbaanonderbreking. Deze regelingen zijn al besproken. De wet bevatte daarnaast een aantal nieuwe elementen. Toegevoegd werd een recht op betaald adoptieverlof van drie weken voor elk van de adoptiefouders. Voorts waren er nieuwe rechten op kortdurend verlof.

Adoptieverlof 2001

Met de Wazo is een wettelijk recht op verlof opgenomen in verband met de adoptie van een kind of de opnemings van een pleegkind door een werknemer (art. 3:2 Wazo). Het verlofrecht komt, net als het ouderschapsverlof, toe aan beide ouders. Het is bedoeld om hen en het kind de gelegenheid te geven aan elkaar te wennen. Er wordt ook wel gesproken van bindingsverlof. Het verlof bedraagt ten hoogste vier aaneengesloten weken, op te nemen gedurende een tijdvak van 18 weken. Het verlof mag aanvangen twee weken voor de beoogde ingang van de adoptie, om de ouders in de gelegenheid te stellen het kind op te halen uit het buitenland.³⁷² Tijdens het

367 Het aantal deelnemers bedroeg 157 in 2001 en 113 in 2002 (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 880, nr. 32, p. 91).

368 Regeerakkoord 1997, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 024, nr. 24, p. 27 e.v.

369 Wet van 19 februari 2000, *Stb.* 2000, 114, houdende regels inzake het recht op aanpassing van de arbeidsduur, i.w.tr. 1 juli 2000.

370 Wet van 16 november 2001, *Stb.* 2001, 567, i.w.tr. 1 december 2001.

371 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 207, nr. 3, p. 16. In de Tweede Kamer is uitvoerig gedebatteerd over de wenselijkheid de regeling in het BW op te nemen. De regering weigerde, onder andere omdat de Wazo deels ook van toepassing was op ambtenaren en zelfstandigen.

372 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 207, nr. 47, p. 2.

verlof kan de werknemer aanspraak maken op een uitkering van het UWV ter hoogte van het gemaximeerde dagloon (art. 3:7 lid 2 en art. 3:12 Wazo).

Kortdurend verlof 2001

Calamiteitenverlof

In de Vaststellingswet titel 7.10 Burgerlijk Wetboek³⁷³ was de regeling van het kraam- en calamiteitenverlof, dat tot dan toe was geregeld in art. 1638c lid 3 BW, neergelegd in art. 7:629 lid 2 en 3 BW. Dat artikel gaf de werknemer, die door zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden verhinderd was zijn werk te doen, voor een korte naar billijkheid te berekenen periode aanspraak op loondoorbetaling. Art. 7:629 lid 3 BW (art. 1638c lid 4 OBW) gaf een opsomming van een aantal van dergelijke omstandigheden. Zo werden genoemd de bevalling van de echtgenote en het overlijden van een familielid. Bij de Vaststellingswet is door toevoeging van de woorden 'in ieder geval' buiten twijfel gesteld dat het hier een niet-limitatieve opsomming betrof. Daarbij kon volgens de wetgever ook worden gedacht aan plotselinge ziekte van kinderen, of ziekte van anderen die aangewezen zijn op de verzorging door de werknemer. Tevens werd volgens de wetgever met 'bevalling van de echtgenote' ook de bevalling van de partner bedoeld en konden ook verplichtingen in verband met de komst van een kind, zoals aangifte bij de burgerlijke stand of administratieve verplichtingen in verband met het regelen van adoptie onder deze omstandigheden worden gerekend.³⁷⁴ Het verlof moet worden verleend voor een korte, naar billijkheid te berekenen tijd. Hier moet gedacht worden aan enkele uren, hooguit enkele dagen.³⁷⁵ Deze bepalingen zijn in de Wazo verplaatst naar art. 4:1.

Kraamverlof

In de Wet arbeid en zorg werd, naast het verlof bij de bevalling van de echtgenote, een afzonderlijk recht op twee dagen betaald kraamverlof na de bevalling van de partner van de werknemer geïntroduceerd (art. 4:2 Wazo). Het recht bestaat gedurende een tijdvak van vier weken na de bevalling, vanaf de eerste dag dat het kind feitelijk op hetzelfde adres als de moeder woont. De werknemer bouwt tijdens het calamiteitenverlof en kraamverlof vakantierechten op (art. 7:634 BW). De verlofdagen kunnen met instemming van de werknemer worden aangemerkt als vakantiedagen, met dien verstande dat de werknemer ten minste recht houdt op het wettelijk minimum aan vakantie-aanspraken (art. 4:6 Wazo).

Kortdurend zorgverlof

In aanvulling op het calamiteitenverlof werd bovendien een geclausuleerd wettelijk recht geïntroduceerd op een kortdurend betaald zorgverlof voor de zorg voor zijn of haar partner, thuiswonende kinderen, pleegkinderen of een ouder voor ten hoogste 10 dagen per werknemer per jaar, uitgaande van een voltijds werkende werknemer (art. 5:1 Wazo). Het moet gaan om verzorgingsbehoefte die voortvloeit uit

³⁷³ Wet van 6 juni 1996, Stb. 1996, 406.

³⁷⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 869, nr. 3, p. 2.

³⁷⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 869, nr. 3, p. 2.

ziekte. Dit kan niet zonder meer met een gebrek worden gelijkgesteld.³⁷⁶ De zorg moet noodzakelijk zijn. Volgens de wetgever heeft deze voorwaarde niet alleen betrekking op de verzorging zelf, maar ook op de vraag of de werknemer die zorg wel moet verlenen. Als een ander het kan doen, bijvoorbeeld de partner van de werknemer, is een beroep op het recht uitgesloten.³⁷⁷ De duur van het verlof bedraagt in elke periode van 12 achtereenvolgende maanden ten hoogste twee maal de arbeidsduur per week (art. 5:2 Wazo). In de gevallen waarin voldaan is aan zowel de voorwaarden van het kortdurend zorgverlof als de voorwaarden van het calamiteitenverlof, eindigt het calamiteitenverlof volgens art. 5:8 Wazo na een dag. Tijdens het verlof bestaat recht op doorbetaling van 70% van het loon (zie ook par. 4.5.2). De werknemer bouwt tijdens het verlof vakantierechten op (art. 7:634 BW). De verlofdagen zelf kunnen niet worden aangemerkt als vakantiedagen (art. 5:15 Wazo).

Bij het recht op kortdurend zorgverlof is op een aantal plaatsen ruimte voor een belangenafweging. Ten eerste kan dit het geval zijn bij het criterium 'noodzakelijk'. Het oordeel of van de werknemer kan worden verwacht de zorg aan een ander over te laten, leent zich immers voor een onderzoek niet alleen naar de feitelijke mogelijkheid daartoe, maar ook voor een overweging of dat redelijkerwijs van de werknemer kan worden gevergd.³⁷⁸ Voorts gaat het verlof niet door of wordt het afgebroken op het moment dat de werkgever aan de werknemer kenbaar maakt dat hij tegen het opnemen of voortzetten van het verlof een zodanig zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang heeft, dat het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (art. 5:4 lid 2 Wazo). Over het zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel opgemerkt dat daarvan sprake zal zijn indien de afwezigheid van de werknemer ernstige consequenties heeft die niet via de normale bedrijfsvoering en inzet van overige personeelsleden kunnen worden opgevangen. Omdat het bij het zorgverlof om een betrekkelijk korte periode gaat, zijn roostertechnische problemen als zodanig niet als zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang aan te merken.³⁷⁹ Dat wil zeggen dat het enkele feit dat de werknemer niet vervangen kan worden, op zichzelf niet geldt als zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. De werkgever moet zijn bezwaar wel onmiddellijk kenbaar maken nadat de werknemer heeft gemeld dat hij met verlof is, bij gebreke waarvan hij het bezwaar niet meer kan tegenwerpen (art. 5:4 lid 3 Wazo).

Met het oog op deze belangenafwegingen kan van de werknemer worden verwacht dat hij desgevraagd inzicht verschaft omtrent de persoon van de zorgbehoevende, de

³⁷⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 207, nr. 5, p. 69.

³⁷⁷ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 207, nr. 3, p. 25 en 54; nr. 5, p. 44 en 69.

³⁷⁸ Volgens Bouwens en Duk 2008, p. 168 ligt het in de rede om aan te nemen dat indien meer dan een persoon in aanmerking komt voor het verlenen van de zorg, bijvoorbeeld beide ouders, elk van hen naar evenredigheid een recht op verlof toe te kennen, eventueel ieder voor een deel van de dag.

³⁷⁹ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 207, nr. 5, p. 71. Werknemers kunnen immers ook ziek worden, met die mogelijkheid moet de werkgever dus toch al rekening houden.

aard van de zorgbehoefte en de mogelijkheden om op termijn op andere wijze in de zorg te voorzien.³⁸⁰ Dat kan blijkens de wet ook achteraf nog van hem gevraagd worden.

Aan het beroep op deze verlofvormen werd in de wet uitdrukkelijk een meldings- en informatieverplichting voor de werknemer verbonden (art. 4:3 en 4, art. 5:4 en 5 Wazo). De werknemer moet het opnemen van het verlof vooraf of in ieder geval zo spoedig mogelijk melden onder opgaaf van redenen. Bovendien kan de werkgever achteraf van de werknemer verlangen dat hij aannemelijk maakt dat hij zijn arbeid niet heeft verricht in verband met de calamiteiten, de thuiskomst van de pasgeboren baby of de noodzakelijke verzorging van een persoon als bedoeld in art. 5:1 Wazo.

Langdurend zorgverlof 2005

Met ingang van 1 juni 2005 is in hoofdstuk 5.2 Wazo een recht op langdurend zorgverlof opgenomen.³⁸¹ De werknemer heeft recht op verlof zonder behoud van loon voor een bepaalde categorie personen als die levensbedreigend ziek zijn. Het betreft de echtgenoot, geregistreerde partner of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont, een kind of pleegkind die huisgenoot van de werknemer is, of een bloedverwant in de eerste graad van de werknemer (zijn ouders) (art. 5:9 Wazo). Het is dezelfde kring van personen als bij het kortdurend zorgverlof, met het verschil dat het kind niet inwonend hoeft te zijn. Het verlof bedraagt ten hoogste zes maal de arbeidsduur per week in een periode van 12 maanden. Het verlof moet per week worden opgenomen gedurende een aaneengesloten periode van ten hoogste twaalf weken, voor ten hoogste de helft van de arbeidsduur per week. De werknemer kan verzoeken om een andere spreiding en duur van het verlof (art. 5:10 Wazo). Wel moet het verlof steeds worden opgenomen gedurende een aaneengesloten periode. Niet gebruikte verlofdagen kunnen derhalve niet later alsnog worden opgenomen binnen de periode van twaalf maanden.³⁸² Anders dan bij het ouderschapsverlof bouwt de werknemer tijdens het verlof ondanks het ontbreken van een recht op loon, toch vakantierechten op (art. 7:635 lid 1 sub f BW). De verlofdagen kunnen niet worden aangemerkt als vakantiedagen (art. 5:15 Wazo).

De werknemer dient het verzoek om verlof ten minste twee weken van tevoren in te dienen met opgave van onder andere de reden, de gewenste duur en spreiding van het verlof. De werkgever dient het verzoek van de werknemer in te willigen, tenzij hij tegen het opnemen van het verlof een zodanig zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang heeft, dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (art. 5:11 lid 3 Wazo). Net als bij kortdurend zorgverlof geldt dat een beroep op deze wijzigingsgrond niet meer kan worden gedaan na aanvang van het verlof (art. 5:11 lid 3 Wazo).

³⁸⁰ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 207, nr. 5, p. 45.

³⁸¹ Bij wet van 28 april 2005, Stb. 2005, 274, i.w.tr. 1 juni 2005.

³⁸² *Kamerstukken II* 2001/02, 28 467, nr. 3, p. 15.

In de parlementaire geschiedenis zijn geen voorbeelden gegeven van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Wel werd vermeld dat afwijzen van de aanvraag waarschijnlijk niet vaak zal voorkomen. Het kan volgens de wetgever wel voorkomen dat over de duur per week een compromis moet worden gesloten.³⁸³ Van belang bij de beoordeling van de vraag of er een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang is, is dat de werkgever volgens de wetgever niet inhoudelijk mag toetsen aan de aard of wijze van de zorg die de werknemer wil bieden. Dat moet voor de werkgever een gegeven zijn. Zo mag hij, anders dan bij het kortdurend verlof, in de overweging niet betrekken dat ook een ander dan de werknemer voor de zieke persoon kan zorgen, dat de zieke voltijds verpleegd wordt in een ziekenhuis, of dat de zorg voor een terminaal zieke ouder minder 'urgent' is dan die voor de partner of het kind. Die afweging is immers al door de wetgever gemaakt.³⁸⁴

Levensloopverlof 2006

Bij het aantreden van het tweede kabinet Balkenende (2003-2006) kondigde de regering een omslag in het denken over sociale zekerheid aan.³⁸⁵ Burgers moesten zelf meer verantwoordelijkheid gaan nemen voor de planning van hun levensloop. Zij moesten gaan anticiperen op periodes in hun leven dat zij in tijdnood kunnen komen en ter voorbereiding daarop 'verlof' gaan sparen. Het eerste resultaat van deze omslag was de Wet Levensloopverlof.³⁸⁶ De levensloopverlofspaarregeling is geregeld in hoofdstuk 7 Wazo, art. 19g van de Wet op de Loonbelasting 1964 en daarop gebaseerde regelgeving.

De minister hechtte sterk aan het individuele karakter van de regeling, mede in verband met de ideologische omslag naar versoering van collectieve arrangementen en het aanmoedigen van individuele spaar- of verzekeringsregelingen.³⁸⁷ Dit blijkt uit een aantal bepalingen. De werknemer heeft recht op deelname aan de verlofspaarregeling (art. 7:2 lid 1 Wazo). De werkgever mag werknemers echter niet verplichten om deel te nemen aan de verlofspaarregeling, noch om deze bij deelname onder te brengen bij een door hem aangewezen instelling.³⁸⁸ Ook mag de werkgever alleen een bijdrage leveren aan het spaartegoed, als hij werknemers zonder verlofspaarregeling precies hetzelfde financiële voordeel biedt, bij gebreke waarvan het spaartegoed van de werknemer direct als loon uit voorgaande dienstbetrekking wordt belast (art. 19g lid 6 sub c wet LB).

383 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 467, nr. 3, p. 5.

384 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 467, nr. 3, p. 17.

385 Zie bv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760 nr. 10, p. 13; p. 20; *Handelingen II* 25 november 2004, 28-1817. Zie ook de notitie 'Nieuwe accenten op het terrein van werk en inkomen', *Kamerstukken II* 2004/05, 29 804, nr. 1 en de notitie Ontwikkelingen en keuzes in het stelsel van werk en inkomen, bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 29 804, nr. 23. Zie Driouchi 2004.

386 Wet van 24 februari 2005, Stb. 2005, 115, i.w.tr. 1 januari 2006; Uitvoeringsregeling wet LB 2001, Stcrt. 2000, 251, zoals gewijzigd bij besluit Stcrt. 2005, 65 en 2005, 251, hoofdstuk 5a (art. 61a-61k).

387 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 10, p. 37; *Handelingen II* 28-1817 25 november 2004. Zie voor kritisch commentaar op deze 'rigoureuze individualisering' senator Leijnse van de PvdA, *Handelingen I* 15 februari 2005, 15-689.

388 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 10, p. 37. Zie Konijn 2006 en Jacobs-de Klerk 2009.

Volgens de regeling wordt overigens niet daadwerkelijk verlof gespaard maar loon, met een maximum van 12% van het loon per jaar.³⁸⁹ Het sparen voor verlof brengt niet met zich dat de werknemer ook recht heeft op opname van verlof. Dit moeten werkgever en werknemer onderling overeenkomen, zo heeft de wetgever benadrukt.³⁹⁰ De werknemer kan er voor kiezen het spaargeld in gemaximeerde maandelijkse termijnen uit te laten keren als er verlof wordt genoten tegen bepaalde fiscale voordelen (zie hierna, par. 4.5.2). Onder verlof moet worden verstaan een periode dat een werknemer minder gaat werken dan de contractueel overeengekomen duur, terwijl zijn inkomen achteruit gaat.³⁹¹ Volgens de regering kan ook het verminderen van werktijd onder omstandigheden worden gekwalificeerd als opname van verlof.³⁹² Het lijkt dus niet ondenkbaar dat van de regeling gebruik kan worden gemaakt bij een beroep op de WAA. Het doel van het verlof is niet relevant. Juist vanwege de ideologische omslag wilde de minister geen preferenties aanduiden voor verlofdoelen.³⁹³

Het sparen voor verlof brengt niet met zich dat de werknemer ook recht heeft op opname van verlof. Dit moeten werkgever en werknemer onderling overeenkomen, zo heeft de wetgever benadrukt.³⁹⁴ De wetgever heeft zich nadien, bij de vraag of er recht bestaat op levensloopverlof, op het standpunt gesteld dat een goed werkgever een verzoek om verlof niet zonder meer af mag wijzen, maar in zijn besluit zijn eigen belangen en die van de werknemer dient mee te wegen.³⁹⁵ Werkgevers kunnen werknemers uiteraard ook niet verplichten om verlof op te nemen.³⁹⁶

4.5.2 *Inkomensbescherming tijdens zorgverlof*

Uit par. 4.3.2 is gebleken dat omstreeks 1990 voor alle wettelijke verloven waar de werknemer een beroep op kon doen voor het verrichten van zorgtaken, gezorgd was voor inkomensbescherming. Aan die 'oude' rechten op inkomensbescherming is nadien niet ingrijpend getornd.

Inkomensbescherming bij zwangerschap is thans geregeld in art. 7:629 BW en hoofdstuk 3.2 Wazo. De inkomensbescherming bestaat ten eerste uit de uitkering op grond van de Wazo. De periode waarin recht op uitkering bestaat valt samen met de periode van het verlof zoals geregeld in art. 3:1 Wazo (art. 3:7 lid 1 Wazo). De uitkering, die volgens art. 3:11 Wazo door tussenkomst van de werkgever wordt aangevraagd, is

389 Het spaartegoed kan bestaan uit op een geblokkeerde rekening gestorte bedragen, maar ook uit een beleggingsrekening of verzekering.

390 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760 nr. 3, p. 16; nr. 10 p. 19; nr. 54, p. 34-35; *Kamerstukken I* 2004/05, 29 760, nr. D, p. 37.

391 Deze definitie staat niet in de wet maar kan worden afgeleid uit *Kamerstukken II* 2003/04, 29 769, nr. 10, p. 16. Bij minder werken wegens ziekte of arbeidsongeschiktheid is de fiscale bevoordeling overigens niet van toepassing, zie art. 61h lid 1 Uitvoeringsregeling wet LB 2001.

392 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 769, nr. 10, p. 16.

393 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 10, p. 36.

394 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760 nr. 3, p. 16; nr. 10 p. 19; nr. 54, p. 34-35.

395 *Kamerstukken I* 2004/05, 29 760, nr. D, p. 37.

396 *Kamerstukken I* 2004/05, 29 670, nr. D, p. 34.

gelijk aan het gemaximeerde dagloon (art. 3:13 lid 1 en 2 Wazo). Het maximum dagloon is thans geregeld in art. 17 Wfsv en bedraagt per 1 januari 2011 € 188,88.

Volgens art. 7:629 lid 1 BW heeft de werkneemster die arbeidsongeschikt is wegens zwangerschap of bevalling gedurende 104 weken recht op 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon. Dat recht heeft de werkneemster niet gedurende de periode dat zij zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet overeenkomstig art. 3:1 lid 2 Wazo (art. 7:629 lid 4 BW). Het recht op loon op grond van art. 7:629 BW geldt dus voor tijdvakken voor of na het verlof waarin zij wegens de zwangerschap of bevalling niet in staat is de bedongen arbeid te verrichten. Op het recht op loon mag de werkgever krachtens lid 5 een eventuele uitkering in mindering brengen. In periodes van arbeidsongeschiktheid wegens zwangerschap of bevalling buiten het verlof zoals geregeld in de Wazo, kan een ZW-uitkering worden aangevraagd ter hoogte van 100% van het gemaximeerde dagloon op grond van art. 29a lid 1 ZW.³⁹⁷

De uitkering bij zwangerschapsverlof en bevallingsverlof op grond van de ZW kon voortgezet worden als de werkneemster ook na het verlof nog ongeschikt was voor het verrichten van de arbeid wegens ziekte. Die uitkering kon maximaal een jaar duren. Bij de Invoeringswet Arbeid en Zorg is geregeld dat bij de berekening van die periode, het tijdvak van zwangerschaps- en bevallingsverlof niet meegeteld mag worden (art. 7:629 lid 9, thans art. 7:629 lid 10 BW).³⁹⁸ In 2004 zijn de loon-doorbetalingsverplichting en het uitkeringsrecht uitgebreid naar twee jaar.³⁹⁹ In 2005 zijn de bewoordingen van lid 10 enigszins aangepast. Voor de bepaling van de maximumduur van de inkomensbescherming bij ziekte wegens de bevalling mag op grond van art. 7:629 lid 10 BW, thans de periode van ziekte veroorzaakt door zwangerschap buiten het zwangerschapsverlof meegeteld worden, net als de periode van ziekte na het bevallingsverlof, tenzij de ongeschiktheid redelijkerwijs niet geacht kan worden voort te vloeien uit dezelfde oorzaak.⁴⁰⁰ Voor de berekening van de periode van ontslagbescherming is de samentelling van ziekte voor het verlof met ziekte na het verlof overigens niet mogelijk (zie hierna).

Er is voorts zoals vermeld nog steeds een recht op doorbetaling van loon bij calamiteitenverlof, nu op grond van art. 4:1 lid 1 Wazo. Het recht op loon tijdens de zoogtijd is nu zoals vermeld met zoveel woorden geregeld in art. 4:8 lid 3 Artw. Ten slotte is bij het opnemen van vakantiedagen onverminderd recht op doorbetaling van loon (art. 7:639 lid 1 BW).

Voor de oude verlofrechten was derhalve steeds voorzien in het recht op doorbetaling van loon of recht op een uitkering. Voor de 'nieuwe' verlofrechten lag dat iets anders. Inkomensverlies werd hierin niet altijd of slechts gedeeltelijk opgevangen.

³⁹⁷ Asscher-Vonk e.a. 2007, p. 320-321.

³⁹⁸ De Wolff 2002, p. 27; art. IX Invoeringswet Wazo, wet van 16 november 2001, Stb. 2001, 568, i.w.tr. 1 december 2001.

³⁹⁹ Wet verlenging loon-doorbetalingsverplichting bij ziekte 2003, Stb. 2003, 555, i.w.tr. 1 januari 2004.

⁴⁰⁰ Wet van 3 februari 2005, Stb. 2005, 65.

Wel betaald is kortdurend verlof. Bij verlof wegens het ondergaan van de noodzakelijke zwangerschapsonderzoeken behoudt de werkneemster recht op loon (art. 4:5 lid 6 Artw). Het zogeheten kraamverlof is volledig betaald (art. 4:2 Wazo). Kortdurend zorgverlof geeft recht op doorbetaling van 70% van het gemaximeerde dagloon (art. 5:6 Wazo). De loondoorbetalingsverplichting bij kortdurend zorgverlof kan iets langer duren dan de andere vormen van kort verlof. Vandaar dat niet gekozen is voor volledige doorbetaling maar voor aansluiting bij de hoogte van loondoorbetaling en uitkeringen bij ziekte (art. 7:629 BW en art. 29 ZW). Deze lastenverzwaring voor werkgevers werd bovendien 'gecompenseerd' met een tegemoetkoming in de kosten in de vorm van een generieke belastingverlaging.⁴⁰¹ Op het door te betalen loon mag in deze gevallen een eventuele uitkering in mindering worden gebracht, evenals het bedrag van eventueel door de werkgever vergoede onkosten (art. 4:5 en 5:7 Wazo).

Voor het nieuwe recht op adoptieverlof geldt ten slotte een recht op uitkering van het UWV ter hoogte van het gemaximeerde dagloon (art. 3:7 lid 2 en art. 3:12 Wazo). Dit is even hoog als de uitkering bij zwangerschapsverlof en bevallingsverlof.

Nieuwe rechten op langer durend verlof zijn verder onbetaald gebleven. Zo is het ouderschapsverlof onbetaald gebleven, ondanks aandringen van het parlement om hier een voorziening voor te treffen (zie par. 4.4.4). Het langdurend zorgverlof kent geen inkomensbescherming. Evenmin bevatte de Wet aanpassing arbeidsduur een compensatie voor het inkomensverlies als gevolg van het aanpassen van de arbeidsduur.

Het onbetaald blijven van ouderschapsverlof is vaak bekritiseerd, vooral vanwege het feit dat mannen daardoor afzien van het opnemen van verlof. Daardoor dreigt de regeling de bestaande arbeid en zorgverdeling juist te bestendigen.⁴⁰² Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet op het Ouderschapsverlof 1990 onderkende de regering al dat het onbetaald laten van het verlof er niet toe bij zou dragen dat kostwinners (mannen) verlof op zouden nemen. Het principe, dat ouderschapsverlof zo min mogelijk lastenverzwarend voor de werkgever mocht werken, werd door een meerderheid echter zwaarwegender geacht.⁴⁰³ Een nader onderzoek naar de mogelijkheden van een werknemersverzekering werd destijds niet noodzakelijk geacht.⁴⁰⁴ In het regeerakkoord van 1998 beloofde het kabinet de mogelijkheid van betaald verlof alsnog te verkennen.⁴⁰⁵ Tijdens de behandeling van de Wazo zijn echter twee amendementen met de strekking het ouderschapsverlof betaald te maken verworpen.⁴⁰⁶ Nadien heeft de Tweede Kamer de minister middels een

401 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 207, nr. 3, p. 27.

402 Elzinga en Prechal 1985, p. 53-60; Holtmaat 1986a, p. 187-191; Wentholt 1987, p. 408-418; Adema en Wüst 1991, p. 10-14; Halman 2008, p. 241 e.v.; Koopmans en Plantenga 2008, p. 293.

403 Zie Adema en Wüst 1991, p. 11; *Kamerstukken II* 1989/90, 20 528, nr. 18.

404 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 528, nr. 5, p. 6 en nr. 6.

405 Regeerakkoord 1998, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 024, nr. 24, p. 27. Het betrof het kabinet Kok II met PvdA, VVD en D66, beëdigd op 3 augustus 1998.

406 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 207, nr. 26 en nr. 40.

motie aangespoord de mogelijkheden van financiering te verkennen.⁴⁰⁷ De verkenning is wel uitgevoerd, maar het publiceren daarvan in juni 2002 heeft niet geleid tot een kabinetsstandpunt.⁴⁰⁸ Dat zal te maken hebben gehad met de omslag in beleid bij het aantreden van de kabinetten Balkenende vanaf de zomer van 2002.

In 2001 werd wel een fiscale afdrachtvermindering voor werkgevers geïntroduceerd met als voornaamste doel de sociale partners te stimuleren afspraken te maken over doorbetaling van het loon tijdens ouderschapsverlof. Op de verschuldigde loonbelasting kon de werkgever 50% van het aan een werknemer tijdens ouderschapsverlof doorbetaalde loon in mindering brengen, mits ten minste 70% van het toepasselijke minimumloon is doorbetaald, met een maximum van 140% van het minimumloon.⁴⁰⁹ Daarnaast bestond sinds 2001 de mogelijkheid van verlofsparen. Op grond van die regeling konden werknemers jaarlijks maximaal tien procent van het bruto-jaarsalaris te sparen (in geld of tijd) voor een langer verlof. Bij sparen in tijd werden de gespaarde verlofuren omgerekend in geld. De totale inleg bedroeg maximaal 12 maanden. De werknemer betaalde pas belasting als het salaris werd uitbetaald. Het beroep op deze voorzieningen was niet heel groot.⁴¹⁰

In 2006 is de levensloopregeling in de plaats gekomen van de fiscale verlofspaarregeling, de afdrachtvermindering betaald ouderschapsverlof en de financieringsregeling loopbaanonderbreking. De fiscale voordelen zijn de volgende. Het spaartegoed van de levensloopregeling is vrijgesteld van vermogensrendementheffing.⁴¹¹ Bij maandelijkse uitbetaling tijdens verlof, met termijnen die tezamen met het genoten loon niet hoger zijn dan het laatstverdiende loon, wordt de loon c.q. inkomstenbelasting pas geheven op het moment dat het loon wordt uitgekeerd. Het loon wordt dan belast als loon uit huidige dienstbetrekking (de omkeerregel).⁴¹² Daarnaast krijgt de werknemer die verlof opneemt op aanvraag een heffingskorting

407 Motie Melkert/De Hoop Scheffer, waarin gevraagd werd om bouwstenen voor het publieke deel van een algemene verlofverzekering, en de mogelijkheden via de AWBZ en fiscale ondersteuning te onderzoeken. *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 000, nr. 8.

408 Bouwstenennota Financiering langdurend verlof, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 431, nr. 2, daterend uit mei 2002. De nota wordt laatstelijk in *ArbeidsRecht* 2009/6 nr. 18 aangemerkt als een wetsvoorstel waar geen vervolg aan is gegeven.

409 Zie De Wolff 2002, p. 53.

410 Het verwachte gebruik van de regeling voor verlofsparen was 8750 werknemers in 2001 (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 XV, nr. 19, p. 51). Volgens een schatting van het SCP bedroeg het aantal verlofsparenders 1,5% van de werknemers in 2001-2002 (SCP 2004). De ouderschapsverlofkorting werd in 2001 toegepast op het loon van ongeveer 15.000 werknemers. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 XV, nr. 19, p. 51.

411 Bij sparen uit netto-inkomen moet belasting worden betaald over de rente over het spaartegoed (een vast tarief in box 3). Bij levensloopsparen hoeft dat dus niet. Wel moet bedacht worden dat over de uitgekeerde termijnen (die mede bestaan uit rente over het gestorte inkomen) wel belasting betaald moet worden, en wel tegen een progressief tarief. Zie Goudswaard en Caminada 2006, p. 3.

412 Art. 11 lid 1 sub j onder 5° en r. onder 4 wet LB jo. art. 10 wet LB. Dit kan voordelig zijn als de werknemer op het moment van opnemen van het verlof op jaarbasis zoveel minder gaat verdienen dat zijn inkomen in een ander tarief valt. Er is dus vooral profijt voor inkomens die iets boven een tariefgrens zitten, voor andere inkomens minder snel. Het effect van de omkeerregel wordt verminderd door het feit dat er al een fiscale faciliteit bestaat om bij teruglopende inkomsten belasting te betalen over het gemiddeld jaarinkomen van drie achtereenvolgende jaren. Zie Goudswaard en Caminada 2006, p. 598-600.

ter hoogte van het uitgekeerde tegoed, met een maximum van 188 euro per jaar dat verlof gespaard is.⁴¹³

De werknemer die spaart voor levensloopverlof mag beperkt overeenkomen dat hij het levenslooptegoed in één keer kan opnemen in plaats van in maandelijkse termijnen. Die mogelijkheid bestaat zowel als hij verlof opneemt als bij het einde van de dienstbetrekking.⁴¹⁴ Dan wordt het loon echter belast als loon uit vroegere dienstbetrekking. Dat gebeurt vermoedelijk ook als hij het tegoed tijdens de dienstbetrekking geheel of gedeeltelijk op zou nemen zonder dat hij verlof in de zin van de wet geniet, hoewel dat volgens de wet eigenlijk niet toegestaan is. Bij het einde van de dienstbetrekking mag hij het spaartegoed ook meenemen naar een volgende werkgever (art. 61h lid 3 Uitv. Reg. LB). Als hij het tegoed voor zijn 65^e verjaardag niet heeft laten uitkeren, gebeurt dat voorafgaand aan het ingaan van zijn ouderdomspensioen automatisch, waarbij het wordt belast als loon uit vroegere dienstbetrekking (art. 19g lid 8 wet LB).

Een aan deelname van de regeling gekoppelde nieuwe fiscale faciliteit ten behoeve van werknemers is de ouderschapsverlofkorting. Op grond daarvan kan men in aanmerking komen voor een belastingkorting ter hoogte van 50% van het minimumloon per verlofdag (art. 8.14b wet IB). Aanvankelijk gold voor het gebruik van het verlof de voorwaarde dat tegelijkertijd werd gespaard voor levensloopverlof. In 2009 is deze voorwaarde vervallen.⁴¹⁵

4.5.3 Ontslagbescherming en zorgverlof

'Tijdens-verbod'

Sinds 1976 was zoals vermeld een ontslagverbod wegens huwelijk en bevalling, en tijdens de zwangerschap en een periode na de bevalling opgenomen in het BW (1639h lid 2 en 4 OBW).⁴¹⁶ Bij de omzetting naar het nieuw BW in 1996 kwam het ontslagverbod tijdens de zwangerschap en na de bevalling terecht in art. 7:670 BW.⁴¹⁷ In 1998 is het ontslagverbod na de bevalling geformuleerd als een ontslagverbod tijdens het recht op uitkering na de bevalling, eerst op grond van de ZW en vanaf 2001 op grond van de Wazo. De periode van inkomensbescherming tijdens arbeidsongeschiktheid wegens ziekte is in 2004 uitgebreid naar twee jaar, met een

⁴¹³ Art. 8.18a wet IB en art. 22ca wet LB 1964. Het totale effect van deze voordelen is volgens sommige berekeningen gemiddeld gezien niet erg hoog. Het verschil met sparen uit het netto-inkomen is gemiddeld 0,6 à 0,8 procent van het inkomen; zie Goudswaard en Caminada 2006, p. 3 en 4. Een alternatieve spaarvorm die ook fiscaal bevoordeeld wordt is de spaarloonregeling. Deelname daaraan is gemiddeld voordeliger. Zie ook Jongen en Kooiman 2004, p. 129-131.

⁴¹⁴ Dat wordt aangeduid als 'afkopen', zie art. 19g lid 6 sub b wet LB, art. 61a lid 2 en lid 3 en art. 61h lid 4 Uitvoeringsregeling.

⁴¹⁵ Wet van 18 december 2008, Stb. 2008, 565, i. w. tr. 1 januari 2009.

⁴¹⁶ Stb. 1976, 295, i.w.tr. 1 augustus 1976. Art. 1639h lid 2 verbood ontslag wegens huwelijk, lid 4 gedurende de zwangerschap, wegens de bevalling en gedurende het tijdvak van de zevende tot en met de twaalfde week na de bevalling. In de literatuur werd op basis van de parlementaire geschiedenis aangenomen dat de bedoeling is dat ontslag gedurende het gehele bevallingsverlof verboden is (Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 65-66).

⁴¹⁷ Vaststellingswet 6 juni 1996, Stb. 1996, 406.

mogelijke verlenging van nog eens een jaar.⁴¹⁸ Deze ontslagbescherming is ook van toepassing op werknemers die ziek zijn vanwege een aan de bevalling gerelateerde oorzaak, als die ziekte langer duurt dan het bevallingsverlof. Het *Brown*-arrest van het Hof van Justitie EG⁴¹⁹ maakte een aanpassing van het Nederlandse recht op dit punt noodzakelijk. Voor het vaststellen van de periode van ontslagbescherming bij ziekte van de pas bevallen werknemer op grond van art. 7:670 lid 1 BW, tellen sindsdien niet meer mee de periodes van ziekte voor het verlof die hun oorzaak vonden in de zwangerschap.⁴²⁰

Thans bestrijkt het ontslagverbod naast de periode van zwangerschap, de periode waarin de werknemer bevallingsverlof als bedoeld in art. 3:1 lid 3 Wazo geniet en na werkhervatting, gedurende het tijdvak van zes weken aansluitend op het bevallingsverlof, dan wel aansluitend op een periode van ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid die haar oorzaak vindt in de bevalling of de daaraan voorafgaande zwangerschap en die aansluit op dat bevallingsverlof (art. 7:670 lid 2 BW).

Het ontslagverbod tijdens zwangerschap is niet van toepassing bij proeftijdontslag en bij opzegging wegens een dringende reden (art. 7:670b lid 1 BW). Voor opzegging tijdens faillissement is het vervallen van het ontslagverbod niet geregeld in de wet, maar wordt dit toch aangenomen.⁴²¹ Bij opzegging wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een onderdeel daarvan is de zwangere werknemer alleen tijdens het zwangerschaps- en bevallingsverlof beschermd tegen ontslag, dus niet tijdens de hele duur van de zwangerschap (art. 7:670b lid 2 BW). Ontslagbescherming middels dit bijzondere opzegverbod is daarnaast niet waterdicht omdat de werkgever zich steeds tot de kantonrechter kan wenden met een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:685 BW. Ter gelegenheid van de Wet Flexibiliteit en zekerheid is de verplichting van de kantonrechter ingevoerd, om zich te vergewissen of het verzoek verband houdt met het bestaan van opzegverboden (art. 7:685 lid 1 BW). De wetgever heeft niet duidelijk geregeld, wat de kantonrechter moet doen als er inderdaad een bijzonder opzegverbod van toepassing zou kunnen zijn. Uitgangspunt was, dat de rechter het verzoek dan zal afwijzen, tenzij zich andere omstandigheden voordoen die een gewichtige reden vormen.⁴²² Aangenomen wordt, dat hij derhalve kan ontbinden op grond van andere omstandigheden dan de omstandigheden onder welke het opzegverbod bescherming beoogt te bieden.⁴²³

Ook de Zwangerschapsrichtlijn 1992/85/EEG geeft overigens geen absolute bescherming tegen ontslag tijdens zwangerschap. Ontslag is kort gezegd mogelijk in uitzonderlijke omstandigheden die niet gerelateerd zijn aan de zwangerschap,

418 Wet van 19 december 2003, Stb. 2003, 555, i.w.tr. 1 januari 2004. Zie art. 7:629 lid 1 en lid 11 BW en art. 7:670 lid 1 en lid 10 BW.

419 HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96, NJ 1999, 476 (*Brown*), punt 18 en 24.

420 Wet van 3 februari 2005, Stb. 2005, 65.

421 Bouwens en Duk 2008, p. 328. Vgl. Rb. Amsterdam 19 januari 2005, USZ 2005/104.

422 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 263, 132d, p. 15; zie Bouwens en Duk 2008, p. 447.

423 Bouwens en Duk 2008, p. 447.

mits een 'bevoegde instantie' hiermee heeft ingestemd en de werkgever schriftelijk opgave doet van de gegronde redenen voor het ontslag.⁴²⁴ Het feit dat het ontslag de instemming van een bevoegde instantie behoeft, betekent volgens het Hof van Justitie niet dat vereist is dat deze instemming voorafgaand aan het ontslag wordt verleend.⁴²⁵ Het niet verlengen of opnieuw afsluiten van een overeenkomst voor bepaalde tijd tijdens zwangerschap is overigens niet aan te merken als ontslag in de zin van deze richtlijn.⁴²⁶ Deze criteria lijken voldoende ruimte te bieden voor opzegging tijdens faillissement, ontbinding wegens verandering van omstandigheden, en ontslag op staande voet tijdens zwangerschap naar Nederlands recht.

'Wegens'-verboden

Het ontslagverbod wegens huwelijk en wegens zwangerschap en bevalling kwam in 1998 te vervallen in art. 7:670 BW, omdat deze ontslagverboden al in de gelijke behandelingswetgeving stonden.⁴²⁷ Ontslagen op deze verboden gronden waren (ook al in 1990) vernietigbaar binnen twee maanden na de opzegging, net als het victimisatieontslag. Een discriminatoire opzegging was vanaf 1994 eveneens vernietigbaar.⁴²⁸ In hoofdstuk 5 wordt nader ingegaan op de bescherming tegen ontslag op discriminatoire gronden.

Voor een aantal van de verlofvormen zijn 'wegens'-ontslagverboden neergelegd in het BW. Art. 7:670 lid 7 BW bevat een verbod om op te zeggen wegens de omstandigheid dat de werknemer een beroep gedaan heeft op ouderschapsverlof. Sinds 2005 is de werkingssfeer van deze bepaling uitgebreid naar adoptie- en pleegzorgverlof en het kort- en langdurend zorgverlof.⁴²⁹ Een opzegging in strijd met het verbod kan binnen twee maanden worden vernietigd (art. 7:677 lid 5 BW). Ten slotte is een ontslagverbod gecreëerd voor ontslag wegens een beroep op de WAA (art. 3). De sanctie op een opzegging in strijd met dit verbod is volgens de minister de vernietigbaarheid van de opzegging op grond van art. 3:40 BW.⁴³⁰ Algemeen wordt aangenomen dat de 'wegens'-verboden ook bij faillissement en proeftijdontslag van toepassing zijn.⁴³¹

Het BW bevat nog steeds geen opzegverbod wegens het opnemen van vakantie, of kortdurend verlof zoals calamiteitenverlof, kraamverlof of zoogverlof. Echter, aangenomen kan worden, dat een terecht opgenomen vakantieverlof, zoogverlof of calamiteitenverlof geen aanleiding kan zijn voor ontslag op staande voet noch voor het toewijzen van een vergunning op grond van art. 6 BBA.⁴³² Inzake het calamiteitenverlof is door de wetgever opgemerkt, dat indien de werkgever de dienstbetrekking

424 Art. 10 lid 1 en 2 Zwangerschapsrichtlijn.

425 HvJ EG 4 oktober 2001, C-438/99 (*Jiménez Melgar*), dictum punt 4.

426 HvJ EG 4 oktober 2001, C-438/99 (*Jiménez Melgar*).

427 Ter gelegenheid van de wet Flexibiliteit en zekerheid, Wet van 14 mei 1998, Stb. 1998, 300.

428 Asscher en Wentholt 1994, p. 20. De vernietigingsgrond was vanaf 1994 opgenomen in art. 8 AWGB (Wet van 2 maart 1994, Stb. 1994, 230).

429 Wet van 31 mei 2005, Stb. 2005, 274.

430 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 26, p. 1.

431 Bouwens en Duk 2008, p. 328 en p. 364.

432 Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 155-156.

op zegt, om de enkele reden dat de werknemer het werk met een beroep op de zeer bijzondere omstandigheden tijdelijk heeft neergelegd, dit als kennelijk onredelijk moet worden beschouwd. Hiervan is volgens de wetgever ook sprake als de werknemer niet vooraf melding heeft kunnen maken van zijn verhindering.⁴³³

Ontslagvergoeding

Gehandhaafd is de bepaling dat het niet in acht nemen van de ontslagverboden de werkgever niet schadeplichtig maakt (art. 7:677 lid 5 BW). De vraag of er bij een vernietigbare opzegging die door de werknemer in stand is gelaten, desalniettemin recht zou kunnen zijn op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, is nog niet definitief beslist.⁴³⁴

4.5.4 Ontwikkelingen in flexibele en deeltijdarbeidsrelaties

Inleiding

Voor veel aspirant werknemers met zorgtaken was een voltijds dienstbetrekking en uitbesteden van de zorg gedurende de hoogtijdagen van het kostwinnersstelsel om verschillende redenen niet mogelijk of wenselijk, zoals bleek in par. 4.3.4. Kinderopvang was bijvoorbeeld onvoldoende beschikbaar, of werknemers wilden liever hun zorgtaken zelf verrichten en hun arbeid plannen op uren dat ze daarvan vrij waren. Na de afschaffing van het kostwinnersstelsel bleef die behoefte van werknemers met zorgtaken aan arbeid op aangepaste uren bestaan. Werkgevers op hun beurt deden vanaf begin jaren negentig in toenemende mate een beroep op werknemers in deeltijd of flexibele arbeid. In het navolgende wordt aandacht besteed aan de groei van deeltijdarbeid en flexibele arbeid in de jaren negentig en de redenen voor werkgevers en werknemers om gebruik te (laten) maken van deze arbeidsrelaties. Daarna wordt ingegaan op de ontwikkelingen in de rechtspositie van deeltijders, met aandacht voor het recht op deeltijdarbeid en de Wet Aanpassing Arbeidsduur. Ten slotte wordt in hoofdlijnen ingegaan op ontwikkelingen in de rechtspositie van werkers in flexibele arbeidsrelaties. Het recht op gelijke behandeling van deeltijders en werkers in flexibele arbeidsrelaties wordt behandeld in hoofdstuk 5.

Deeltijdarbeid en flexibele arbeid in de praktijk

In 1969 bestond 82% van de banen in Nederland nog uit voltijds banen voor onbepaalde tijd. Sindsdien is dat aandeel gereduceerd tot 38% in 2008.⁴³⁵ Deze relatieve neergang is vooral te verklaren door de komst van vrouwen op de arbeidsmarkt en de daarmee samenhangende opmars van deeltijdarbeid.

⁴³³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 869, nr. 3, p. 2.

⁴³⁴ Bouwens en Duk 2008, p. 367 menen dat van schadeplichtigheid alleen sprake kan zijn als de werknemer op andere gronden dan strijd met het discriminatieverbod aanvoert dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Heerma van Voss e.a. 2010 menen dat een discriminatoire opzegging kennelijk onredelijk kan zijn. Ook in de rechtspraak wordt soms anders aangenomen, bv. Ktg. Amsterdam 1 april en 2 september 1997, *JAR* 1997/202.

⁴³⁵ Cijfer 1962: Knecht e.a., 2007 p.v. Cijfers 2008: CBS Statline 2010, percentage voltijdbanen voor onbepaalde tijd op het totaal aantal banen.

De arbeidsdeelname van de Nederlandse vrouwen is sinds de jaren tachtig gestaag gestegen. Halverwege de jaren negentig had minder dan de helft van de vrouwelijke beroepsbevolking een baan.⁴³⁶ In 2006 had 68% van de vrouwen een baan.⁴³⁷ Dat percentage is hoger dan in de meeste andere landen van de EU.⁴³⁸ In Nederland bestaat die arbeidsdeelname echter meer dan in andere landen uit deeltijdarbeid. In 1985 bedroeg deeltijdarbeid 13% van de totale werkgelegenheid in de EU. In 1998 was dat percentage opgelopen tot 17,4%, en is daarna aanzienlijk gestegen tot 41% in 2006.⁴³⁹ Het aandeel deeltijdwerkgelegenheid steeg in Nederland van 4,4% in 1973 naar 23,5% in 1985 tot 49% in 2008.⁴⁴⁰

Verreweg de meeste deeltijdwerknemers zijn vrouwen.⁴⁴¹ Dat is ook het geval in de EU, zij het dat in vergelijking in Nederland iets meer mannen in deeltijd werken.⁴⁴² Deeltijdarbeid is overwegend vrijwillig. De overgrote meerderheid van de in deeltijd werkende vrouwen geeft aan geen voltijd baan na te streven.⁴⁴³ Voor een groot deel wordt de wens in deeltijd te werken verklaard door gezinstaken, al neemt dat deel wel af. Tot aan de jaren negentig werkten vooral vrouwen met jonge kinderen in deeltijd. Daarna gingen ook vrouwen in andere levensfasen steeds meer in deeltijd werken. Van alle in deeltijd werkende vrouwen heeft nu bijna de helft geen minderjarige kinderen.⁴⁴⁴

In deze cijfers is geen rekening gehouden met flexibele arbeid, die zowel in voltijd als in deeltijd kan worden verricht. Het aandeel flexibele relaties was in de jaren tachtig sterk gestegen tot naar schatting 12%,⁴⁴⁵ en fluctueerde nadien tussen circa

436 Het aantal vrouwen met een baan van meer dan 12 uur per week was in 1995 47%, 10% werkte minder dan 12 uur per week. Burri 2000, p. 31, cijfers van het CBS 1995. Van de vrouwen met een partner en minderjarige kinderen werkte in 1994 maar 7% meer dan 35 uur per week, tegenover 84% van de mannen in die situatie (Burri 2000, p. 31; cijfers CBS 1995).

437 Portegijs 2009, p. 6

438 Portegijs 2009, p. 6: 75% van de werkende vrouwen in Nederland heeft een baan van hooguit 34 uur per week, vergeleken met 41% in de EU-15 en 24% in de Verenigde Staten.

439 Burri 2000 p. 30; Portegijs 2009, p. 6.

440 Cijfers 1973: Delsen 1989, p. 226-239; p. 228 (bron Arbeidsmarkttrapportage). Cijfers 2008: CBS Statline 2010 (totaal aantal banen verdeeld in voltijd en deeltijd).

441 In 1991 werkte 62% van de vrouwen in deeltijd tegen 16% van de mannen. Het percentage vrouwen dat actief was op de arbeidsmarkt was gestegen van 32% in 1975 naar 54% in 1990. Passchier 1992, p. 119 (bron Rapportage Arbeidsmarkt 1991). In 2005 werkte 64,4% van de vrouwen in deeltijd tegen 17% van de mannen. Van de totale actieve beroepsbevolking was in 2008 45% vrouw. Daarvan werkte 73% in deeltijd (cijfers CBS Statline 2010). Van alle werkzame vrouwen werkte in 1985 57,5% in deeltijd, in 1998 was dat 67,9% In 1998 waren 79,8% van de deeltijders vrouwen, en van de werkende vrouwen werkte 31,8% in deeltijd (Burri 2000, p. 29).

442 Het aandeel vrouwen onder de deeltijders is in Nederland percentueel iets lager dan in de totale EU (in Nederland in 1985 77,5% en in 1995 73,6%, omdat mannen hier gemiddeld ook vaker in deeltijd werken, zij het veel minder dan vrouwen (13,7% van de werkende mannen in 1985 en 18,1% in 1998). Mannen werken vooral in deeltijd als ze jong zijn (20-29), vanwege hun opleiding (Burri 2000, p. 30). In 2006 werkte 75% van de vrouwelijke werknemers minder dan 35 uur per week, tegen 41% in de EU. Portegijs 2009, p. 6.

443 Portegijs 2009, p. 8-9: 7% van alle in deeltijd werkende vrouwen geven aan dit te doen omdat ze geen voltijd baan kunnen vinden.

444 Portegijs 2009, p. 8.

445 Smitskam 1989, p. 2.

6% en 10%.⁴⁴⁶ Met name uitzendwerk is sterk conjunctuurgevoelig.⁴⁴⁷ Als men onder de definitie van flexibele relaties alle tijdelijke contracten zou rekenen, wat het CBS niet doet,⁴⁴⁸ is het aandeel flexibele relaties thans vermoedelijk veel groter. Onder invloed van de Wet Flexibiliteit en zekerheid van 1999, waar hierna op in wordt gegaan, is het aantal tijdelijke contracten gestegen.⁴⁴⁹ Om welk percentage het precies gaat is niet helemaal duidelijk, omdat in diverse tellingen op verschillende manieren rekening wordt gehouden met contracten voor bepaalde tijd, maar het aandeel flexwerkers inclusief tijdelijke contracten wordt wel geschat op een vijfde tot een vierde van alle werknemers.⁴⁵⁰

Het percentage vrouwen in de groep flexwerkers is gemiddeld genomen groter dan het percentage mannen, maar het verschil was niet zo aanzienlijk als dat tussen voltijders en deeltijders.⁴⁵¹ Van de groep flexwerkers was in 2000 de helft vrouw, terwijl van het totaal aantal werkenden 41% vrouw was.⁴⁵² Recent lijkt het aandeel vrouwen te zijn gestegen. In 2005 was het percentage vrouwelijke flexwerkers toegenomen naar 65,8%.⁴⁵³ Dit geldt overigens niet voor uitzendwerkers; die zijn vaker man.⁴⁵⁴

Van de redenen die werkgevers noemden om gebruik te maken van flexwerkers was volgens onderzoek uit 2006 de belangrijkste het opvangen van een wisselende werkvoorraad (65,5%). Daarnaast werd vaak genoemd het opvangen van de gevolgen

446 Na een geleidelijke stijging van het aandeel flexwerkers van 6,8% in 1992 tot 9,8% in 1998 is het percentage weer gedaald naar 7,7% van het totaal aantal werkenden in 2000 (Van den Toren e.a. 2002, p. 11-12 tabel 1). Nadien is het weer gestegen naar 9% in 2005 (Knegt e.a. 2007).

447 Siermann 2010, p. 27-30. In de periode 1997-2009 waren er jaren van sterk economisch herstel waarin het aantal uitzendkrachten met meer dan 10% toenam (1997, 2005 en 2006) en jaren van krimp waarin ook het aantal uitzendkrachten daalde met meer dan 10% (met name 2009, daling van ruim 20%).

448 Het CBS rekent onder de vaste contracten zij, die bij goed functioneren een vaste aanstelling krijgen, en tijdelijke contracten van meer dan een jaar. Souren 2008, p. 461.

449 De totale flexpopulatie bestond in 2000 voor ruim eenderde uit uitzendkrachten, iets minder dan een kwart was oproepkracht en 41% had een tijdelijk contract. Het aantal oproepkrachten is mede onder invloed van de invoering van de Flexwet aanvankelijk bijna gehalveerd, maar vertoonde daarna weer een stijgende lijn (Van den Toren e.a. 2002).

450 In een steekproefonderzoek naar 99 bedrijven in verschillende sectoren in de Tweede evaluatie van de wet Flexibiliteit en zekerheid had eind 2006 nog maar 74,8% van de werkenden een vaste aanstelling, terwijl 12,1% tijdelijk werk deed, 7,5% uitzendwerk, 7,4% bestond uit inval- of oproeprelaties; 1,0% was zzp'er/freelancer; 0,1% was thuiswerker. Dat wil zeggen dat in totaal 25,2% geen aanstelling voor onbepaalde tijd had. Knegt e.a. 2007, p. 18. Houwing 2010 vermeld een percentage van 20% (par. 4). Verhulp meldt een percentage van 28,12% tijdelijk werk of als uitzendkracht in 2010, welk cijfer hij ontleent aan een publicatie met gegevens uit de polisadministratie van het UWV, zie Verhulp 2010.

451 In een steekproef uit 1986 werkte 10% van de mannen in flexibele relaties, tegen 15% van de vrouwen. Jaspers e.a. 1989, p. 10.

452 Onder oproepkrachten was het percentage vrouwen nog groter, namelijk tweederde, en onder tijdelijke krachten 45%. Van den Toren e.a. 2002, p. 11-12.

453 Voor uitzendkrachten was het 65,8%, voor oproepkrachten gold een percentage van 72,4%, voor tijdelijke krachten 62,0% (Knegt e.a. 2007, p. 31). Tegelijkertijd was de gemiddelde leeftijd gedaald naar 32,2 jaar, maar het opleidingsniveau is gestegen (ongeveer 20% heeft een lager opleidingsniveau, 50% een middelbaar niveau en 30% een hoger niveau). Dat betekent dat ook middelbaar en hoger opgeleide vrouwen als flexwerker werken, vermoedelijk vooral met tijdelijke contracten.

454 Siermann 2010, p. 27-30.

van ziekte (42,8%), een langere proeftijd (43,7%), het vermijden van werkgeversrisicos (35,7%), en het makkelijker van werknemers afkomen (27%).⁴⁵⁵ Er lijkt thans vergeleken met de situatie eind jaren tachtig, een kleiner deel van de werknemers te zijn voor wie het flexwerken niet van harte gaat. In een onderzoek uit 1989 gaf een ruime meerderheid van werknemers in flexibele relaties nog aan de voorkeur te hebben voor een 'gewone' arbeidsrelatie.⁴⁵⁶ In 2000 en 2006 had slechts een kwart van de werknemers een flexibele baan omdat ze geen vaste baan konden vinden. De overigen kozen voor flexibele arbeid om arbeid en zorg te kunnen combineren, om even wat bij te verdienen, of stelde om andere redenen de vrijheid op prijs om te werken wanneer men wil.⁴⁵⁷

Beleid met betrekking tot deeltijders

Vanaf de jaren tachtig streefde de Nederlandse wetgever om diverse redenen naar een groei in deeltijdarbeid, zoals al bleek uit hoofdstuk 3 en par. 4.1.2. Zoals daar al naar voren kwam heeft die groei in de jaren negentig geleid tot een 'deeltijd-economie', een economie waarin een substantieel aandeel van de banen structureel in deeltijd wordt verricht. Voor veel werknemers met zorgtaken vormde dit een welkome oplossing voor de wens arbeid en zorg te combineren. Er waren niet alleen voorstanders van deeltijdarbeid. Sommigen waarschuwden al begin jaren negentig dat deeltijdarbeid zou leiden tot bestending van het kostwinnersmodel en taakverzwaring van vrouwen.⁴⁵⁸ Er zou volgens deze critici op die manier geen aanzet worden gegeven tot herverdeling van onbetaalde arbeid tussen mannen en vrouwen, zodat deeltijdarbeid vooral zou leiden tot een herverdeling van betaalde en onbetaalde arbeid tussen vrouwen onderling. Daarnaast viel er nog veel te verbeteren aan de rechtspositie van werknemers die in deeltijd wensten te werken. In de jaren negentig heeft de wetgever zich actief getoond op dit gebied, zoals hierna zal blijken. Op een zeker moment werd het structurele karakter van deeltijdarbeid door de overheid zelfs als problematisch gezien.⁴⁵⁹ In 2005 werd in het beleidsplan voor emancipatie⁴⁶⁰ gewezen op het feit dat veel vrouwen die in kleine deeltijdbanen werken geen economische zelfstandigheid bereiken. Ook met het oog op de vergrijzing en ontgroening was volgens het kabinet een toenemende arbeidsdeelname (in uren) van vrouwen van groot belang voor de economie. De arbeidsdeelname van vrouwen moet ook volgens de Emancipatienota van 2007 niet alleen toenemen in

⁴⁵⁵ Knegt e.a. 2007, p. 19.

⁴⁵⁶ Smitskam 1989, p. 6; Jaspers e.a. 1989, p. 8-23. Voor 18,8% van de uitzendwerknemers was de eigen contractsvorm de gewenste; voor 28,6% van de op/afroepcontractanten, 14,8% van de tijdelijke contractanten. Voor 93% van alle werknemers was het vaste contract de meest gewenste contractvorm. Zie tabel 3, p. 18.

⁴⁵⁷ Zie Van den Toren e.a. 2002, p. 4-9; Knegt e.a. 2007, p. 29-30. In 2000 noemde 13% van de werknemers het willen combineren van arbeid en zorg als belangrijke reden om te kiezen voor flexwerk; dit was in 2006 gedaald naar 9,3%. Knegt e.a. 2007, p. 29-30 en Van den Toren e.a. 2002, p. 14-15.

⁴⁵⁸ OECD 1991, p. 10; Advies ER III/35/92, p. 15-16; Vgl. Burri 2000, p. 67 en aldaar genoemde literatuur.

⁴⁵⁹ Zie Portegijs e.a. 2008, hoofdstuk 2, par. 2.6.

⁴⁶⁰ Meerjarenbeleidsplan Emancipatie 2006-2010, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 420, nr. 2.

personen maar ook in uren.⁴⁶¹ De overheid stelde zich ten doel om vrouwen te bewegen vaker grotere deeltijdbanen of voltijdbanen te aanvaarden. In april 2008 heeft het kabinet daartoe de Taskforce DeeltijdPlus ingesteld met als doel de arbeidsdeelname van vrouwen met een kleine deeltijdbaan (minder dan 25 uur per week) te vergroten middels een cultuurverandering.⁴⁶² Bij eventuele wet- en regelgeving waarmee dit doel werd nagestreefd werd naast het verder flexibiliseren van arbeidstijden, gedacht aan voorzieningen voor kinderopvang, fiscale stimulering en 'verbetering van de markt voor persoonlijke dienstverlening'.⁴⁶³

Verbetering rechtspositie deeltijders

Voor zo ver het gaat om de verbetering van de rechtspositie van deeltijders was de wetgever in de jaren negentig ten eerste actief op het gebied van het intrekken van wettelijke regelingen waarin een uitzondering gemaakt werd voor deeltijders. Er waren daarvan in 1990 zoals vermeld nog enkele voorbeelden. De meest in het oog lopende was wellicht het zogeheten 1/3-criterium in de WML. Vanaf 1 januari 1993 was de WML ook van toepassing op deeltijdwerkers die in de regel niet meer dan een derde van de normale arbeidsduur verrichten.⁴⁶⁴ De aanleiding voor de afschaffing van het 1/3-criterium was dat het kabinet in beginsel wenste te komen tot een gelijk(waardige) rechtspositionele behandeling van voltijd- en deeltijdwerkers.⁴⁶⁵ In het verleden was het onderscheid volgens de regering gerechtvaardigd vanwege de vrees voor negatieve werkgelegenheidseffecten. Voor die vrees zag zij nu veel minder aanleiding, onder andere omdat in veel cao's deeltijders al recht hadden op pro rata hetzelfde loon.⁴⁶⁶

Ook kleine deeltijders hadden als gevolg van de wetswijziging derhalve recht op ten minste een pro rata gedeelte van het minimumloon. Hoe hoog dat loon dient te zijn, zorgt ook naar huidig recht overigens nog voor rechtsonzekerheid. Uit artikel 8 WML blijkt dat de hoogte van het minimumloon wordt vastgesteld per maand, en daarvan afgeleid per week en per dag. Volgens art. 12 lid 1 WML wordt het bedrag naar evenredigheid verminderd, als de werkgever en werknemer een arbeidsduur zijn overeengekomen, die korter is dan de normale arbeidsduur. Onder normale arbeidsduur wordt volgens art. 12 lid 2 WML verstaan de arbeidsduur die in overeenkomstige arbeidsverhoudingen in de regel geacht wordt een volledige dienstbetrekking te

461 Deze benadering kwam ook weer terug in de emancipatienota van 2007; Emancipatiebeleid 2008-2011, *Kamerstukken II* 2007/08, 30 420, nr. 50, p. 14.

462 *Kamerstukken II* 2007/08, 29 544, nr. 146; nr. 160. Vgl. het onderzoek in opdracht van de Taskforce DeeltijdPlus Keuzenkamp 2009.

463 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 420, nr. 50, p. 16. Zie voor kinderopvang par. 4.5.5 en voor flexibiliseren van arbeidstijden par. 4.5.4.

464 Bij wet van 24 september 1992 (Stb. 1992, 536).

465 *Kamerstukken II*, 1990/91, 22 191, nr. 3, p. 1.

466 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 191, nr. 3, p. 3. Ter bestrijding van eventuele negatieve werkgelegenheidseffecten werd echter voorzien in een wijziging van de Wet loonkostenreductie op minimumloonniveau, zodat werkgevers van kleine deeltijdwerkers op de loonkostenreductieregeling een beroep konden doen. De wet loonkostenreductie op minimumloonniveau, wet van 7 juni 1990, Stb. 1990, 330 zoals gewijzigd bij wet van 4 juni 1992, Stb. 1992, 536 is na 31 maart 1994 niet meer verlengd, omdat deze slechts gering effect bleek te sorteren, zie Van het Kaar losbl., art. 7, aant. 7.1.

vormen. De normale arbeidsduur moet worden bepaald aan de hand van wat in het bedrijf, de onderneming of de bedrijfstak als een voltijds-dienstbetrekking geldt.⁴⁶⁷ Deze vage bepaling brengt uiteraard enige rechtsonzekerheid mee voor deeltijders. De minister is in 2004 al eens verzocht in plaats daarvan een bruto-uurloon aan te houden in de WML. Hij wilde daartoe echter niet besluiten, onder andere uit vrees voor een stijging van de loonkosten.⁴⁶⁸

Een ander voorbeeld van onderscheid in 1990 was het feit dat werknemers die in deeltijd werkten niet altijd meetelden in de WOR. Bij de plicht van de onderneming om een OR in te stellen in middelgrote ondernemingen, telden zij bijvoorbeeld niet mee (art. 2 WOR). Ook hadden zij in die ondernemingen geen actief of passief kiesrecht (art. 35a lid 1 sub c WOR).⁴⁶⁹ De WOR is aangepast op dat punt in 1998.⁴⁷⁰ Krachtens art. 1 lid 2 WOR wordt onder in de onderneming werkzame personen thans verstaan degenen die werkzaam zijn krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer. De uitzonderingen voor deeltijders in de wet op de rechterlijke organisatie zijn ten slotte met ingang van 1 juni 1995 ingetrokken.⁴⁷¹

Niet alle onderscheid op grond van arbeidsduur in de wet- of regelgeving werd ingetrokken. De uitzonderingen voor de dienstbetrekking voor huishoudelijk personeel dat op minder dan drie dagen per week werkt werden gehandhaafd. Daaronder vallen bijvoorbeeld huishoudelijke hulpen en kinderoppassers. Zij vallen buiten de kring van verzekerden van de werknemersverzekeringen.⁴⁷² Deze deeltijders hebben bovendien slechts recht op loondoorbetaling bij ziekte gedurende zes weken krachtens art. 7:629 lid 2 BW, en zijn uitgesloten van de werkingssfeer van het BBA op grond van art. 2 lid 1 sub d BBA. De regering acht deze uitzonderingen gerechtvaardigd, onder andere met een verwijzing naar praktische en uitvoeringstechnische bezwaren, de verminderde behoefte van deze groep aan een verplichte verzekering, en de verwachting dat het werk anders toch in het zwarte circuit zou belanden. Bovendien wordt gewezen op de mogelijkheid vrijwillig een verzekering af te sluiten.⁴⁷³ In de literatuur is overwegend kritisch gereageerd op deze argumenten.⁴⁷⁴ In 2007 is de uitzondering voor huishoudelijk personeel desondanks uitgebreid naar personeel dat op minder dan vier dagen per week werkt.⁴⁷⁵ Deze uitbreiding werd gemotiveerd met de behoefte aan stimulering van de markt voor

467 Zie Van het Kaar losbl., art. 12, aant. 2; HR 26 april 2002, *JAR* 2002/118 (de door art. 12 lid 2 WML vereiste overeenstemming tussen de te vergelijken arbeidsverhoudingen ziet met name op de aard van de te verrichten werkzaamheden en niet op de arbeidsduur).

468 *Kamerstukken II* 2003/04, 21 501-31, nr. 38. Zie Van het Kaar losbl., art. 12, aant. 2.

469 Zie uitvoerig Smitskam 1989, p. 158.

470 Met ingang van 4 maart 1998, *Stb.* 1998, 107. Zie hierover Peters 1998, p. 414-423.

471 Burri 2000, p. 80.

472 Art. 6 lid 1 sub c ZW, art. 8 lid 1 WIA; zie Burri 2000, p. 538; Van den Berg 2010, p. 163-165.

473 Burri 2000, p. 546. De meest uitvoerige weergave is volgens haar te vinden in *Kamerstukken II* 1985/86, 19 261, nr. 3, p. 42-43; nr. 8, p. 70. Zij vielen van 1998 tot medio 2004 overigens wel onder de werkingssfeer van de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ). Peters 1998, p. 253.

474 Burri 2000, p. 546-550; Asscher-Vonk 1997, p. 387-400; Peters 2006, p. 625 e.v.; Bijleveld en Cremers 2010.

475 Belastingplan 2007, wet van 14 december 2006, *Stb.* 2006, 682, i.w.tr. 1 januari 2007.

persoonlijke dienstverlening.⁴⁷⁶ De stimulering wordt noodzakelijk geacht onder andere om vrouwen te stimuleren meer uren betaalde arbeid te verrichten. Deze rechtvaardigingsgrond worden in internationaal verband niet voldoende geacht.⁴⁷⁷

Recht op deeltijdarbeid

Naast het intrekken van wettelijke regelingen waarin direct onderscheid werd gemaakt, overwoog de wetgever de positie van werknemers die in deeltijd wensten te werken ook met bijzondere maatregelen te versterken. Het meest concrete voorstel in dat verband was het voorstel om werknemers een recht op aanpassing van de arbeidsduur en een recht op gelijke behandeling te geven. De wetgever inventariseerde diverse malen bij onder andere de SER en de Emancipatieraad, welk draagvlak er was voor verbetering van de rechtspositie van deeltijders in de vorm van het introduceren van een recht op gelijke behandeling van deeltijders en een recht op deeltijdarbeid.⁴⁷⁸ Dat draagvlak was echter lange tijd onvoldoende. Hoewel de sociale partners zich unaniem achter het uitgangspunt schaalden, dat deeltijders een gelijkwaardige rechtspositie moesten hebben, bestond voor wettelijk ingrijpen geen overeenstemming.⁴⁷⁹ Desondanks kwam de wetgever midden jaren negentig tot de introductie van een wettelijk verbod op onderscheid wegens arbeidsduur (WOA),⁴⁸⁰ daarmee enigszins vooruitlopend op de Deeltijdrichtlijn 1997/81/EG.⁴⁸¹ Deze regelingen worden behandeld in par. 5.3.4. In het navolgende wordt aandacht besteed aan het recht op deeltijdarbeid.

Over een recht op deeltijdarbeid was veel moeilijker overeenstemming te bereiken. Dat gold overigens ook voor de ontwikkelingen op het Europese vlak. In Richtlijn 1997/81/EG werd slechts een zeer bescheiden aanzet gegeven tot een recht op

476 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 311, nr. 1, p. 14; *Kamerstukken II* 2006/07, 30 804, nr. 3, p. 7 en 75-77.

477 In art. 5 lid 3 AWGB is bepaald dat het discriminatieverbod niet van toepassing is op particuliere werkverhoudingen. De regering heeft hier bovengenoemde rechtvaardigingsgronden voor aangevoerd. De Europese Commissie acht deze bepaling echter in strijd met het gemeenschapsrecht. Zie Cremers-Hartman 2008, p. 696-697. Voorts heeft CEDAW, het toezichthoudend orgaan inzake de naleving van het VN-Vrouwenverdrag, in februari 2010 geconcludeerd dat Nederland op dit punt in strijd handelt met het verdrag. Zie Bijleveld en Cremers 2010, p. 12.

478 SER 1985/11, p. 8. In 1992 vroeg het kabinet een advies aan de SER, de STAR en de ER over een recht op gelijke behandeling voor deeltijders en een recht op deeltijdarbeid (SER 1993/18; ER Advies III/37/92 en Advies IV/04/93).

479 In SER 1992/10 pleitte de SER voor maatregelen in de sfeer van de betaalde arbeid, zoals mogelijkheden tot arbeidsduurvermindering door mannen en arbeidsduuruitbreiding door vrouwen (p. 28). De sociale partners adviseerden in 1995 unaniem dat het uitgangspunt moet zijn dat deeltijders een gelijkwaardige rechtspositie dienen te hebben, met een naar rato beloning en gelijke arbeidsvoorwaarden, SER 1985/11, p. 8. De werkgeversorganisaties wezen wettelijk ingrijpen echter af, zie SER 1985/11 p. 10-11; SER 1993/18 p. 6. De STAR gaf een unaniem advies om het recht op deeltijd niet in de wet te zetten. Zie STAR Advies 9/93, bijlage 2. Verscheidene andere commissies adviseerden dat overigens wel, zoals de Commissie Dagindeling en de Commissie Toekomstscenario's. Burri 2000, p. 91.

480 Wet verbod op onderscheid naar arbeidsduur wet van 3 juli 1996, Stb. 1996, 391, i.w.tr. 1 november 1996.

481 Richtlijn 1997/81/EG van de raad van 15 december 1997 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, PbEG 1998, L 14/9. Ze is gericht op uitvoering van de raamovereenkomst die de sociale partners op 6 juni 1997 hebben getekend.

deeltijdarbeid.⁴⁸² In Nederland ontwikkelde het recht op deeltijdarbeid zich als eerste in cao's. Hoewel ook de Stichting van de Arbeid unaniem een wettelijk recht op deeltijdarbeid had afgewezen, beval de Stichting de sociale partners in 1993 wel aan om in cao's te regelen dat een verzoek van een werknemer om zijn arbeidsduur te veranderen in beginsel diende te worden gehonoreerd.⁴⁸³ Deze aanbeveling had een zeker effect. Gemeten vanaf 1990 steeg het percentage bedrijven met een cao waarin een bepaling inzake het recht op deeltijdarbeid was aan te treffen van 23% naar 70% in 1996.⁴⁸⁴ Uit een publicatie van de Stichting van de Arbeid uit 1997 blijkt dat in 60% van de cao's een bepaling over deeltijdarbeid of aanpassing van arbeidsduur was aangetroffen.⁴⁸⁵ Intussen werd ook in de rechtspraak getracht een recht op deeltijdarbeid te ontleen aan de toepassing van diverse bestaande rechtsregels. In par. 4.6.1 wordt nader ingegaan op deze ontwikkelingen.

In het parlement was tot 1998 geen meerderheid voor een recht op deeltijdarbeid. Een amendement om aan het recht op ouderschapsverlof een geclausuleerd recht te verbinden om na afloop van het verlof in deeltijd te blijven werken, werd in 1990 bijvoorbeeld niet aanvaard.⁴⁸⁶ Het kabinet bleef aansluiten bij het standpunt van de sociale partners, dat het recht op deeltijdarbeid aan hen moest worden overgelaten.⁴⁸⁷ Van diverse kanten kwamen vanaf midden jaren negentig echter opnieuw initiatieven om te komen tot een wettelijk recht op deeltijdarbeid. Een wetsvoorstel van Groen Links uit 1993 strandde in 1997 bij de Eerste Kamer, waarna alternatieve voorstellen werden geïnitieerd door Groen Links, de PvdA-Minister Melkert en het CDA.⁴⁸⁸ In 1998 bleek tijdens de onderhandelingen over het regeerakkoord voor Paars II een akkoord mogelijk over een wettelijk recht op deeltijdarbeid. Deze afspraak maakte deel uit van het voornemen te komen tot een Wet arbeid en zorg.⁴⁸⁹

Wet Aanpassing Arbeidsduur

De in 2000 aanvaarde Wet Aanpassing Arbeidsduur (WAA)⁴⁹⁰ voorziet in een geclausuleerd recht op vermindering en vermeerdering van de overeengekomen

482 Clausule 3 sub a bepaalt dat, voor zover mogelijk, de werkgevers in overweging [zouden] moeten nemen, verzoeken van werknemers om van voltijd- naar deeltijdwerk over te gaan, indien dit in de vestiging beschikbaar komt.

483 STAR Advies 7/93, p. 12 en 9/93 p. 6; zie Tijdens 2002, p. 212.

484 Tijdens 2002, p. 312-313; De Vries en van Hoorn 1997, p. 37.

485 Bij 54% van deze cao's was dat niet meer dan een intentieverklaring of een inspanningsverplichting. In 40% van de cao's was een iets concretere regeling aangetroffen over verzoeken om in deeltijd te werken. Van deze cao's was in 20% een regeling inzake een geclausuleerd recht op deeltijdarbeid aangetroffen in lijn met het advies van de STAR. STAR Advies 9/97, p. 29.

486 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 528, nr. 18.

487 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 667, nr. 1, p. 31.

488 Zie over de achtergrond en wetsgeschiedenis uitvoerig Burri 2000, p. 94. Initiatiefwetsvoorstellen kwamen van Rosenmöller (*Kamerstukken II* 1992/93, 23 216); Rosenmöller, Van Nieuwenhoven en Bakker (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 902) en Bijleveld-Schouten (*Kamerstukken II* 1997/98, 26 009).

489 *Kamerstukken II* 1997/98, 26 024, nr. 24, p. 27 e.v.

490 Wet van 19 februari 2000, Stb. 2000, 114, houdende regels inzake het recht op aanpassing van de arbeidsduur, i.w.tr. 1 juli 2000 (Stb. 2000, 114 en 115).

arbeidsduur. De wet regelt uitsluitend de structurele aanpassing van de arbeidstijden.⁴⁹¹ Voorwaarde is onder andere dat de werknemer al minimaal een jaar in dienst is op het beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing (art. 2 lid 3 WAA). Deze termijn dient ervoor te garanderen dat er sprake is van een zekere binding van de werknemer met zijn werkgever en daarmee een 'balans' te creëren tussen de belangen van de werkgever en de werknemer.⁴⁹² Voor de berekening van de termijn van een jaar worden perioden waarin arbeid wordt verricht, die elkaar opvolgen met een onderbreking van niet meer dan drie maanden samengeteld (art. 2 lid 1, tweede volzin WAA). Perioden waarin men wel in dienst is maar niet werkt, zoals perioden van zwangerschaps- en bevallingsverlof tellen voor dit jaar mee.⁴⁹³ Voor het optellen van verschillende arbeidsverhoudingen met werkgevers die redelijkerwijs geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn, is wel voorwaarde dat in die perioden arbeid is verricht (art. 2 lid 1, derde volzin WAA).

De regeling is alleen van toepassing op werkgevers met meer dan 10 werknemers in dienst (art. 2 lid 12 WAA). De reden voor deze uitzondering was dat kleine bedrijven bij een verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur veel sneller voor onoverkomelijke organisatorische problemen zouden komen te staan.⁴⁹⁴ Dergelijk werkgevers moeten blijkens art. 2 lid 12 WAA wel een regeling treffen met betrekking tot het recht van de werknemers op aanpassing van de arbeidsduur. De inhoud van deze regeling wordt in de WAA echter niet voorgeschreven, net zo min als de sanctie op het niet nakomen van deze verplichting.

De regeling betreffende de vermindering van de arbeidsduur is van dwingend recht, waarvan niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken.⁴⁹⁵ Het verzoek moet aan enkele formele eisen voldoen. Het verzoek moet schriftelijk worden gedaan, ten minste vier maanden voor het beoogde tijdstip van de aanpassing, en het moet het gewenste tijdstip van ingang, de omvang van de aanpassing en de gewenste spreiding van de uren bevatten (art. 2 lid 3 WAA). Bij het aangeven van de gewenste spreiding van de uren dient de werknemer rekening te houden met de in de onderneming geldende bedrijfstijden.⁴⁹⁶ Lid 3, laatste volzin WAA bepaalt dat de werknemer ten hoogste eenmaal per twee jaren, nadat de werkgever een verzoek om aanpassing van de arbeidsduur heeft ingewilligd of afgewezen, opnieuw een verzoek kan indienen.

491 *Handelingen II* 1998/99, p. 5893.

492 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 14; *Kamerstukken I* 1999/00, 26 358, nr. 52C, p. 12.

493 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 5, p. 7.

494 Als gevolg van het amendement Bijleveld-Schouten (*Kamerstukken II* 1999/00, 26 358, nr. 29).

495 Dit kan worden afgeleid uit *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 17 en *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 32 en art. 2 lid 11 WAA. Zie Hoffmans losbl., WAA art. 2, aant. 1. Bij vermeerdering van arbeidsduur is afwijking wel mogelijk, zie art. 2 lid 11.

496 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 5, p. 26. Een amendement waarin werd voorgesteld de werknemer tot een motivering te verplichten werd niet aangenomen (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 16).

De werknemer hoeft de reden voor zijn aanpassingswens niet kenbaar te maken bij het doen van zijn verzoek.⁴⁹⁷ Hoewel de wet tot stand is gekomen in het kader van de wens de combinatie van arbeid en zorg te vergemakkelijken, hoeft de wens tot vermindering van de arbeidsduur derhalve niet voort te komen uit problemen inzake de combinatie van arbeid en zorg. Redenen om aanpassing van de arbeidsduur te verzoeken kunnen ook gelegen zijn in de wens deel te nemen aan sociale, politieke of educatieve activiteiten of simpelweg de behoefte aan meer vrije tijd.⁴⁹⁸ De werknemer hoeft de reden voor zijn aanpassingswens zelfs niet kenbaar te maken bij het doen van zijn verzoek, als er meerdere verzoeken tegelijk worden gedaan die de werkgever niet allemaal kan honoreren.⁴⁹⁹

Na gevoerd overleg kan de werkgever het verzoek tot vermindering van arbeidsduur alleen afwijzen met een beroep op zwaarwegende bedrijfsbelangen (art. 2 lid 4 en 5 WAA). De wet geeft enige voorbeelden van zwaarwegende bedrijfsbelangen die in de weg kunnen staan aan inwilliging van het verzoek. Volgens art. 2 lid 8 WAA is er in ieder geval sprake van een zwaarwiegend bedrijfs- of dienstbelang, indien de vermindering van de arbeidsduur leidt tot ernstige problemen voor de bedrijfsvoering bij de herbezetting van de vrijgekomen uren, op het gebied van de veiligheid, of van roostertechnische aard.⁵⁰⁰ De rechter dient volgens de toelichting van de wetgever bij de beoordeling van de vraag of dergelijke zwaarwegende belangen aanwezig zijn, geen marginale maar een integrale toets toe te passen.⁵⁰¹ Als de werknemer binnen twee jaar na afwijzing van een verzoek opnieuw een verzoek doet, kunnen zijn redenen worden afgewogen tegen de (zwaarwegende) bedrijfsbelangen van de werkgever in het kader van een toets aan het goed werkgeverschap.⁵⁰²

Voor wat betreft het gewenste nieuwe rooster van de werknemer heeft de werkgever meer mogelijkheden om van het verzoek af te wijken. Volgens art. 2 lid 6 WAA kan de werkgever de gewenste spreiding van de uren wijzigen, indien hij daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De wetgever verwees ter toelichting op deze maatstaf, die minder zwaar is dan de maatstaf van art. 2 lid 5 WAA, op het feit dat 'de

497 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 5, p. 23; *Kamerstukken I* 1999/00, 26 358, nr. 52C, p. 17).

498 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 5, p. 8 en 9.

499 *Kamerstukken I* 1999/00, 26 358, nr. 52C, p. 17.

500 Min of meer concrete voorbeelden van zwaarwegende bedrijfsbelangen genoemd in de parlementaire geschiedenis zijn: de noodzakelijke, volledige inzetbaarheid van eenheden bij defensie- en politieorganisatie en particuliere veiligheidsdiensten (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 16); er ontstaan ernstige problemen omdat er geen personeel is om de vrijgekomen uren op te vullen, bijvoorbeeld in een volcontinuurooster (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 5, p. 28); het niet tijdig (eerder dan vier maanden voor de gewenste ingang) verzoeken om aanpassing van de arbeidsduur, terwijl de werknemer weet dat in zijn branche gewerkt wordt met roosters die lang van tevoren worden opgemaakt, zoals in het onderwijs (*Kamerstukken I* 1999/00, 26 358, nr. 52C, p. 4).

501 *Kamerstukken I* 1999/00, 26 358, nr. 52C, p. 15.

502 *Kamerstukken II*, 1999/00, 26 358, nr. 5, p. 9; *Handelingen I* 1999/00, p. 16-634; *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 5, p. 9; anders *Kamerstukken I* 1999/2000, 26 358, nr. 52C, p. 8.

werkgever verantwoordelijk is voor de efficiency en effectiviteit van de bedrijfsvoering.⁵⁰³ Een amendement waarin werd voorgesteld aan dit lid de bepaling toe te voegen dat de werkgever bij het vaststellen van de arbeidstijden zoveel mogelijk rekening dient te houden met de persoonlijke omstandigheden en verantwoordelijkheden van de werknemer buiten de arbeid is door een vergissing van de PvdA-fractie bij de stemming verworpen.⁵⁰⁴ Desalniettemin is beoogd dat de wetgever bij de invulling van de redelijkheid en billijkheidstoets van art. 2 lid 6 WAA rekening moet houden met de persoonlijke wensen van de betrokken werknemers.⁵⁰⁵

Art. 2 lid 9 WAA bepaalt ten slotte dat bij vermeerdering van de arbeidsduur in ieder geval sprake is van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang, indien die vermeerdering leidt tot ernstige problemen van financiële of organisatorische aard, wegens het niet voorhanden zijn van voldoende werk, of omdat de vastgestelde formatieruimte op personeelsbegroting daartoe ontoereikend is. De werknemer kan niet onder alle omstandigheden om vermeerdering van de arbeidsduur vragen, maar alleen als het gaat om vrijgevallen uren en dan ook nog in een functie die hij of zij reeds verricht.⁵⁰⁶ Volgens art. 2 lid 11 WAA kan ten aanzien van vermeerdering van de arbeidsduur worden afgeweken van art. 2 bij collectieve arbeidsovereenkomst ofwel, als geen collectieve arbeidsovereenkomst of regeling van toepassing is of terzake geen bepaling bevat, middels schriftelijke overeenstemming met de ondernemingsraad of, bij het ontbreken daarvan, met de personeelsvertegenwoordiging. In 2005 is art. 2 lid 13 WAA toegevoegd waaruit blijkt dat een dergelijke regeling ten hoogste vijf jaar geldig is.⁵⁰⁷

Volgens art. 3 WAA kan de werkgever de arbeidsverhouding van een werknemer niet beëindigen wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte om aanpassing van de arbeidsduur heeft verzocht. De vernietiging van een dergelijke beëindiging, waaronder vermoedelijk moet worden verstaan de opzegging, is niet in de wet geregeld.⁵⁰⁸

In 2003 is de WAA geëvalueerd. Het kabinet kwam tot de conclusie dat de wet aan de meeste doelstellingen voldeed en dat het beoogde doel ook in de praktijk werd gerealiseerd.⁵⁰⁹ Ongeveer de helft van de werknemers kende de wet. Een derde van de werknemers die een deeltijdverzoek hadden gedaan dacht dat de wet een rol had gespeeld bij de behandeling van hun verzoek. Volgens werkgevers was het aantal deeltijdverzoeken na invoering van de wet gestegen, hoewel zij dit zelf vooral weten

503 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 16.

504 *Handelingen II* 1999/00, p. 873-874.

505 *Kamerstukken I* 1999/00, 26 358, nr. 52c, p. 9. Zie Verhulp losbl., aantekening 6 bij art. 2.

506 Volgens de staatssecretaris (*Handelingen I* 1999/00, p. 16-631).

507 Bij wet van 28 april 2005, Stb. 2005, 274.

508 In de MvT wordt opgemerkt dat het verbod van beëindiging overeenkomt met de regeling die staat in art. 7:670 lid 7 BW met betrekking tot het ouderschapsverlof (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 17). Daarom wordt wel aangenomen dat een opzegging in strijd met art. 3 WAA ook vernietigbaar is. Snijders 2002, p. 139.

509 Eindrapport 'Onderzoek ten behoeve van evaluatie van WAA en WOA, Muconsult/SZW 2003', bijlage bij *Kamerstukken I* 2003/04, 29 503, nr. 1, Kabinetsstandpunt evaluatie Wet aanpassing arbeidsduur, 2 april 2004. Zie over de evaluatie Willemsen 2005.

aan de stijgende arbeidsparticipatie van werknemers met zorgtaken en niet zozeer aan de invoering van de wet. Ongeveer de helft van de verzoeken werd toegevoegd.⁵¹⁰ Uit het cao-onderzoek dat deel uitmaakte van het evaluatieonderzoek in 2003 bleek dat in ongeveer een derde van de cao's bepalingen uit de wet waren overgenomen. Afwijking van de WAA of aanvulling ervan kwam maar sporadisch voor.⁵¹¹ Uit latere cao-onderzoeken blijkt een stijgend percentage van cao's waarin bepalingen van de WAA worden overgenomen.⁵¹²

Jurisprudentie over de WAA komt aan de orde in par. 4.6.

Rechtspositie flexibele arbeidskrachten

Zoals al bleek in de voorgaande hoofdstukken, is de wetgever zich in de loop van de jaren negentig gaan richten op verdergaande flexibilisering van arbeidstijden en arbeidstijdpatronen. Deze flexibilisering kan gerekend worden tot de zogeheten 'interne flexibilisering', dat wil zeggen het flexibel kunnen inzetten van werknemers met een vast dienstverband. Daarmee streefde de wetgever naar versterking van de concurrentiepositie en bestrijding van werkloosheid, maar ook naar het realiseren van emancipatiedoelstellingen.⁵¹³ Daarnaast werd ook gestreefd naar verhoging van de zogeheten 'externe flexibilisering', het flexibel kunnen inzetten van werknemers zonder gehinderd te worden door al te belastende ontslagbescherming. Ook in dat opzicht had de Nederlandse wetgever een dubbele doelstelling, namelijk om het arbeidsrecht verdergaand te flexibiliseren ten behoeve van werkgevers, maar dit gepaard te laten gaan met meer zekerheid voor werknemers. Een majeure wetswijziging werd op basis van een akkoord van de sociale partners⁵¹⁴ doorgevoerd in 1999 met de Wet Flexibiliteit en zekerheid.⁵¹⁵ Daarin kwam een nieuw evenwicht tot stand in het arbeidsrecht tussen de behoefte van werkgevers om hun arbeidsorganisatie optimaal in te richten, en de behoefte van werknemers aan zekerheid en bescherming. In het navolgende wordt in hoofdlijnen ingegaan op de verschillende wetswijzigingen en de gevolgen voor de positie van flexibele arbeidskrachten.

510 Meer dan de helft van de werknemers (54%) die hun verzoek om vermindering aan de werkgever heeft kenbaar gemaakt, ziet dat hun wensen worden gehonoreerd. 10% van de verzoeken wordt gedeeltelijk gehonoreerd en 23% van de verzoeken wordt door de werkgever afgewezen. 12% van de werknemers heeft nog geen reactie van de werkgever gekregen. De gedeeltelijke honorering door de werkgever heeft vrijwel altijd betrekking op het aantal uren dat de werknemer minder wil werken, de gewenste spreiding over de dagen van de week is nauwelijks een probleem. Onderzoek ten behoeve van evaluatie van WAA en WOA, Muconsult/SZW 2003, p. VI.

511 Schaeps e.a. 2003, p. 3-4.

512 65% van de cao's bevatte bepalingen over aanpassing van arbeidsduur in 2009. 49% van de cao's bevatte afspraken over vermindering conform de WAA. 7% van de cao's bevatte aanvullende of beperkende afspraken met betrekking tot de vermindering van de arbeidsduur, 13% over vermeerdering van arbeidsduur. Beeksma en Junger-van Hoorn 2010, p. 34; zie ook de rapportages van Beeksma e.a. 2007.

513 Vgl. Burri 2000, p. 65.

514 De wet was gebaseerd op een akkoord in de Stichting van de Arbeid en de nota Flexibiliteit en Zekerheid van 3 april 1996.

515 Wet van 14 mei 1998, Stb. 1998, 300, houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten (Wet flexibiliteit en zekerheid), i.w.tr. 1 januari 1999 (Stb. 1998, 332).

De gebrekkige rechtsbescherming van flexibele arbeidskrachten bestond omstreeks 1990 voor een belangrijk deel uit onzekerheid over de vraag of een flexibele arbeidsrelatie het predikaat 'arbeidsovereenkomst' kon krijgen. Die onzekerheid was van toepassing op uitzendrelaties, thuiswerk, en de freelance-overeenkomst.⁵¹⁶ Als een relatie niet als arbeidsovereenkomst aan te merken was, was er maar weinig bescherming tegen voor de werker nadelige afspraken. Voorts bestond de gebrekkige bescherming eruit dat de werkgever op verschillende manieren ontslagbescherming of een loondoorbetalingsverplichting bij het niet aanbieden van werk kon omzeilen. De wetgevingsoperaties in de jaren negentig hebben ten aanzien van de rechtsonzekerheid op bepaalde punten verbetering gebracht. Voor mogelijkheden om ontslagbescherming of de loondoorbetalingsverplichting bij het niet aanbieden van werk te omzeilen werd echter ruimte gelaten of zelfs meer ruimte geschapen.

De onzekerheid voor oproepkrachten werd verminderd middels de introductie van rechtsvermoedens in art. 7:610a en 7:610b BW. Volgens art. 7:610a BW wordt hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst. Als een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, wordt de bedongen arbeid in enige maand vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden. De rechtsvermoedens kunnen worden weerlegd, en blijkt de gepubliceerde rechtspraak slaagt de werkgever daar regelmatig in.⁵¹⁷ De rechtsvermoedens kunnen blijken de 'drie maanden' -eisen vooral nuttig zijn voor oproepkrachten die op papier geen enkele zekerheid op werk hebben, maar in de praktijk min of meer bestendig arbeid hebben verricht.

Bescherming van de precare positie van werknemers die ook in de praktijk alleen incidenteel arbeid verrichten kan sinds de Wet Flexibiliteit en zekerheid worden ontleend aan art. 7:628a BW. Krachtens dit artikel heeft een werknemer met wie een arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week is overeengekomen terwijl de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht niet zijn vastgelegd, voor iedere periode van minder dan drie uur waarin hij arbeid heeft verricht, recht op het loon waarop hij aanspraak zou hebben indien hij drie uur arbeid zou hebben verricht.⁵¹⁸ Ten slotte is de mogelijkheid om af te wijken van de loondoorbetalingsverplichting in art. 7:628 BW iets beperkt, door de bepaling in lid 5 dat hiervan alleen schriftelijk kan worden afgeweken, en de bepaling in lid 7 dat het na de eerste zes maanden van de overeenkomst slechts mogelijk is bij collectieve arbeidsovereenkomst. In combinatie met het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW heeft dit het gevolg dat het moeilijker is geworden een arbeidsovereenkomst met een oproepkracht zo in te

516 Zie Smitskam 1989, par. 7.2.1.3, p. 233 en par. 5.2.1.

517 Blijkens de inventarisatie van Bergwerf e.a. werd in het geval van art. 7:610a BW in 54% van de gevallen het rechtsvermoeden ontzenuwd, bij art. 7:610b BW 61%. Bergwerf e.a. 2009, p. 6. Vgl. Boot 2005, p. 18; Alt 2010, p. 18.

518 Blijkens de evaluatie van de Flexwet ontvangt ruim een kwart van de ondervraagde werknemers altijd minimaal drie uur loon per oproep, 6% soms en 43% nooit. Knecht e.a. 2007, p. 57.

richten, dat de overeenkomst *de facto* beëindigd kan worden door de werknemer niet meer op te roepen onder uitsluiting van het recht op loon.

Al met al heeft de Wet flexibiliteit en zekerheid zoals vermeld geleid tot een daling van het gebruik van oproepkrachten. Dit hing ook samen met de verruiming van de mogelijkheid opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd af te sluiten. Een ingrijpende wijziging in de Wet flexibiliteit en zekerheid was namelijk de introductie van art. 7:668a BW, volgens welk artikel het mogelijk werd meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd achter elkaar af te sluiten, waarbij deze elk voor zich van rechtswege eindigen. Onder oud recht was dit niet mogelijk. Indien een contracten voor bepaalde tijd werd opgevolgd door een tweede contract binnen 31 dagen na ommekomst van de overeenkomst voor bepaalde tijd, moest de overeenkomst, aangemerkt als voortgezette dienstbetrekking, worden opgezegd met inachtneming van de daarvoor geldende bepalingen (art. 1639f lid 3 en 4). Volgens art. 7:668a BW kunnen thans drie overeenkomsten voor bepaalde tijd achter elkaar worden gesloten met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden zonder verdere rechtsgevolgen (art. 7:668a lid 1 BW). De samentelling geldt ook in het geval dezelfde arbeid is verricht voor verschillende werkgevers, zoals bijvoorbeeld een inlener en een uitzendwerkgever (art. 7:668a lid 2). Bij cao kan ten nadele van de werknemer worden afgeweken (art. 7:668a lid 5 BW). Deze afwijking komt blijkens cao-onderzoek niet ontzettend vaak voor, maar is in incidentele gevallen wel heel ruim.⁵¹⁹ Zoals vermeld heeft de invoering van deze bepaling geleid tot een toename van tijdelijke contracten. In 2007 heeft een aantal vakbonden daarom in een verklaring van de Stichting van de Arbeid opgeroepen tot een beperking van het aantal tijdelijke contracten van drie naar twee.⁵²⁰ De wetgever heeft zich dit vooralsnog niet ter harte genomen, getuige het feit dat met ingang van 9 juli 2010 het aantal opeenvolgende contracten voor werknemers onder de 27 jaar tijdelijk is verruimd van drie naar vier.⁵²¹

De uitzendovereenkomst werd sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid expliciet als arbeidsovereenkomst aangemerkt krachtens art. 7:690 BW. Daarmee stond buiten kijf dat de uitzendwerknemer in ieder geval recht had op het minimumloon en zoals besproken ook, sinds de invoering van dezelfde wet, op minimaal drie uur loon per oproep (art. 7:628a BW). Tegelijkertijd werden speciale bepalingen voor de uitzendovereenkomst opgenomen in art. 7:691 BW, volgens welke met de uitzendwerknemer kan worden overeengekomen dat de overeenkomst op verzoek van de inlener kan eindigen (art. 7:691 lid 2, 3, 4 en 5 BW). Deze

519 10% van de cao's bevatte een afwijking ten nadele van de werknemers in een onderzoek uit 2006. Smits en Van de Aamele 2007. Volgens De Wolff maken enkele cao's dermate veel flexibiliteit mogelijk dat zij op gespannen voet staan met Richtlijn 1999/70/EG inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De Wolff 2009, p. 33-37; p. 34.

520 STAR Advies 5/07; vgl. Houwing 2010.

521 Wijzigingswet Burgerlijk Wetboek Boek 7 (tijdelijke verruiming mogelijkheid om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan in verband met bevorderen arbeidsparticipatie van jongeren), Stb. 2010, 274, i.w.tr. 9 juli 2010.

termijn kan krachtens art. 7:691 lid 7 BW worden verlengd bij collectieve arbeids-overeenkomst, en dat is in de belangrijke uitzend-cao's ook gebeurd.⁵²² Hoewel de wet nu dus wel zekerheid geeft over de kwalificatie van de uitzendovereenkomst als arbeidsovereenkomst, is de onzekerheid voor de uitzendkracht over het voortduren van de tewerkstelling en dus over het inkomen, niet per se verminderd.

De regulering van het uitzendwezen is daarnaast verder geliberaliseerd. Op 1 juli 1998 is de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) in werking getreden.⁵²³ Daarin werd zowel de afschaffing van de maximale uitzendtermijn als de opheffing van de verplichte vergunning voor private intermediairs geregeld. Dit betekende dat ook andere intermediairs dan de daartoe toegelaten uitzendbureaus als uitzendwerkgever konden gaan optreden. Toen bleek dat daar ook wel eens minder bonafide intermediairs tussen zaten, is in 2010 art. 7:692 BW ingevoerd,⁵²⁴ op grond waarvan de inlener en de uitzendwerkgever hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de voldoening van het toepasselijke minimumloon, tenzij de inlener 'gecertificeerd' is.⁵²⁵

De doelstellingen van de Wet flexibiliteit en zekerheid waren, zoals vermeld, het combineren van meer flexibiliteit voor de werkgever met meer zekerheid voor de werknemer. Van die twee doelstellingen is, als men de balans opmaakt, op het gebied van flexibilisering vermoedelijk meer bereikt dan op het gebied van zekerheid.⁵²⁶ Uit voornemens van het kabinet inzake het arbeidsmarktbeleid blijkt, dat verdere flexibilisering van het ontslagrecht ten gunste van werkgevers als een belangrijke doelstelling wordt gezien, terwijl het bieden van meer zekerheid aan werknemers die deel uitmaken van de zogeheten 'flexibele schil' niet meer wordt genoemd.⁵²⁷ De huidige ontslagbescherming wordt in deze nota gezien als een 'mobiliteitsbeperkende factor'. In plaats van 'baanzekerheid' wordt gepleit voor het bevorderen van 'werkzekerheid'. In dat kader wordt ingezet op meer scholing, een activerende sociale zekerheid, en een gematigde loonontwikkeling.

Rechtspositie flexibele arbeidskrachten met zorgtaken

Voor werknemers met zorgtaken is flexibele arbeid enerzijds vermoedelijk zekerder geworden. In het begin van de jaren negentig, toen vaste deeltijdarbeid nog minder beschikbaar was dan nu, zocht een deel van de werknemers met zorgtaken haar

522 Dit was al voorzien op het moment van totstandkoming van de wet. Zie hierover Houwing 2010.

523 Wet van 14 mei 1998, Stb. 1998, 306, houdende regels voor de niet-openbare arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs), i.w.tr. 1 juli 1998 (Stb. 1998, 384).

524 Wet inlenersaansprakelijkheid Minimumloon, wet van 23 december 2009, Stb. 2009, 620 en 621, i.w.tr. 1 januari 2010.

525 In de certificering worden eisen gesteld ten aanzien van bijvoorbeeld het voldoen aan premie-afdrachtverplichtingen, tewerkstelling van vreemdelingen en betaling van het minimumloon. De wetswijziging wordt in verband gebracht met de instroom van werknemers uit nieuwe EU-staten en daarmee soms gepaard gaande malafide praktijken. Vgl. Houwerzijl en Peters 2010.

526 Vgl. Houwing 2010, par. 6 en 7: ten aanzien van tijdelijk werk en uitzendwerk slaat de balans eerder uit in de richting van flexibiliteit dan van zekerheid.

527 Bv. Brief van 12 maart 2010 inzake het Arbeidsmarktbeleid, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 544, nr. 238.

toevlucht in oproeparbeid in allerlei varianten. Deze vorm van flexibele arbeid was toen nagenoeg onbeschermd. Thans komt dit veel minder voor. Dergelijke contracten zijn veelal omgezet in al dan niet tijdelijke contracten met een vast aantal uren per week of per jaar.⁵²⁸ Anderzijds wordt nu een veel groter deel van de werknemers geconfronteerd met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Deze overeenkomsten bieden meer zekerheid voor werknemers dan de oproeparbeid van weleer, bijvoorbeeld omdat buiten kijf staat dat het arbeidsovereenkomsten zijn, terwijl de overeenkomst tijdens de duur ervan niet zomaar beëindigd kan worden. Wel lijkt de kans inmiddels gestegen dat werknemers na afloop van de 'toegestane' keten van overeenkomsten worden afgevoerd.⁵²⁹

Ook kan de verruimde mogelijkheid van overeenkomsten voor bepaalde tijd een obstakel vormen voor werknemers om een beroep te doen op dwingendrechtelijke bescherming tijdens de overeenkomst, zoals verlofrechten. Een overeenkomst voor bepaalde tijd dient voor werkgevers immers veelal als proefperiode voorafgaand aan een eventuele arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dat kan voor werknemers met een dergelijke overeenkomst betekenen dat zij, willen zij hun uitzicht op een vast contract niet verliezen, afzien van een beroep op dwingendrechtelijke bescherming. Door art. 7:668a BW kan die proefperiode worden verlengd tot maximaal drie jaar. Weliswaar worden in de WAA voor de berekening van de termijn van minimaal een jaar dat de werknemer in dienst moet zijn, ook perioden met onderbrekingen tussen de opeenvolgende contracten van niet meer dan drie maanden meegeteld. Voor werknemers met zorgtaken is echter niet ondenkbaar dat zij gedurende de reeks van overeenkomsten van bepaalde tijd schromen een beroep te doen op hun recht op verlof of aanpassing van arbeidsduur of arbeidstijden aan hun zorgtaken, omdat zij vrezen daarmee de voortzetting van de arbeidsovereenkomst in gevaar te brengen.⁵³⁰ Het kabinet lijkt zich niet bewust te zijn van dit effect van verminderde ontslagbescherming. De 'werkzekerheid' als gevolg van scholing, die het kabinet als alternatief voor ontslagbescherming voorstelt, zal voor dat probleem immers vermoedelijk geen oplossing geven. In par. 5.3.4 wordt behandeld, in hoeverre het recht op gelijke behandeling van flexibele krachten een bijdrage levert aan hun bescherming op dit punt.

4.5.5 *Uitbesteding van zorg: ontwikkelingen in kinderopvang*

De afwezigheid van voldoende kinderopvangplaatsen en naschoolse opvang wordt vaak gezien als het belangrijkste obstakel voor vrouwen die (meer) willen werken. In Nederland was het aantal kinderopvangplaatsen lange tijd onder de laagste van Europa, en werd in toenemende mate gerept over wachtlijsten als gevolg van dit

528 Van den Toren e.a. 2002, p. 25-26. Bijvoorbeeld in de gezondheidszorg wordt relatief gezien veel gewerkt met een vast oproepcontract met een gemiddeld aantal uren per jaar.

529 Zie Van den Toren e.a. 2002, p. 23.

530 Vgl. Burri 2000, p. 102.

tekort.⁵³¹ Terwijl in landen als Frankrijk, Denemarken en Zweden wettelijke rechten op kinderopvang werden geschapen,⁵³² zag de Nederlandse overheid het stimuleren van kinderopvang lange tijd niet als een staatstaak, zoals al bleek uit par. 4.3.5.

Hier kwam vanaf de jaren negentig verandering in, zij het geleidelijk. Aanvankelijk bestond het beleid voornamelijk uit het geven van belastingvoordelen of subsidies aan gemeenten ter vergoeding van kinderopvangkosten. In 1990 besloot de regering zoals eerder vermeld om het scheppen van meer kinderopvangplaatsen te stimuleren via een tijdelijke bijdrage aan gemeenten.⁵³³ In de jaren negentig werden in de fiscale wetgeving uiteenlopende maatregelen getroffen met betrekking tot kinderopvang, die niet sterk samenhangen en soms maar weinig bekendheid genoten.⁵³⁴ Zo waren er rond de eeuwwisseling verschillende (tijdelijke) financiële regelingen voor kinderopvang bestaande uit fiscale regelingen voor ouders, zoals aftrek voor uitgaven van kinderopvang in de zin van de Wet inkomstenbelasting 2001 en een regeling voor alleenstaande ouders in de bijstand (Regeling kinderopvang en buitenschoolse opvang alleenstaande ouders). Voor werkgevers was er een aftrekmogelijkheid uit hoofde van de Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie volksverzekeringen.⁵³⁵

Ten opzichte van de bestaande situatie was er in de jaren negentig sprake van een vervelvoudiging van kinderopvangplaatsen.⁵³⁶ Toch was de capaciteit in 2000 nog beperkt tot plaatsen voor 10,4% van de kinderen onder vijf jaar en 2,4% van de kinderen tussen 4 en 12.⁵³⁷ De overheid zag echter een bescheiden rol voor zichzelf in het scheppen van extra kinderopvangplaatsen.⁵³⁸ Het nemen van initiatieven werd voornamelijk overgelaten aan de markt en sociale partners. In meer dan de helft van de cao's kwamen wel afspraken over kinderopvang voor, en werkgevers droegen ook een niet onaanzienlijk deel van de kosten bij.⁵³⁹ Dit bleek desondanks nog onvoldoende stimulerend te werken op het aanbod.

531 Volgens een steekproefonderzoek uit 1986 werd het aantal vrouwen dat in de wens meer te werken werd belemmerd door het gebrek aan kinderopvang geschat op 300.000. 28.300 van die vrouwen werkte al, terwijl op dat moment 1,6 miljoen vrouwen reeds een baan had. SCP 1993, p. 208-209.

532 Eind jaren tachtig bestonden rechten op kinderopvang in Denemarken, Finland en Zweden voor alle kinderen onder de zes jaar, in Frankrijk voor alle kinderen tussen 2 en 5 jaar en in België voor alle kinderen tussen 0-2. Saraceno 2000.

533 De daarmee gemoeide kosten beliepen 150 miljoen in 1990, oplopend tot 282 miljoen in 1993. *Kamerstukken II* 1990/91, 22 233, nr. 1-2, p. 5.

534 Dusarduijn 2004; Geesink 2002, p. 531 e.v.

535 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 447 nr. 3, p. 4.

536 In 1990 waren ongeveer 30.000 institutionele kinderopvangplaatsen beschikbaar, terwijl er in 2002 172.653 waren. Emancipatiemonitor 2002 en Monitor Uitbreiding Kinderopvang 2002. In 2005 waren er 185.000 kinderopvangplaatsen. Soetendal 2008, p. 10.

537 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 447 nr. 3, p. 10.

538 *Kamerstukken II* 2002/03, 26 680, nr. 1. De geplande uitbreiding van kinderopvangplaatsen was 10.000 in 2003.

539 Uit onderzoek in 1999 bleek dat 61% van de werknemers onder een cao viel waarin afspraken waren gemaakt over kinderopvang. Van Brekel en Tijdens 1999, p. 61-66. Met aftrek van fiscale faciliteiten droeg in 1998 de overheid f 540 miljoen bij aan kinderopvang, ouders f 670 miljoen en werkgevers f 330 miljoen. Desalniettemin bleef het aantal plaatsen op wachtlijsten groeien wegens een groeiende vraag (Nota Hoofdlijnen Wet basisvoorziening kinderopvang, *Kamerstukken II* 1999/00, 26 587, nr. 9, p. 6-7).

In 1998 werd in het kader van de arbeid en zorgwetgeving een voornemen geuit om kinderopvang te regelen in een wet waarin zowel de financiering als de kwaliteit van kinderopvang zou worden geregeld.⁵⁴⁰ In de Wet Kinderopvang⁵⁴¹ die per 1 januari 2005 in werking is getreden is uiteindelijk voor het eerst een recht op een inkomensafhankelijke bijdrage in kinderopvangkosten vastgesteld. Door het vestigen van een wettelijke aanspraak op deze tegemoetkomingen wilde de wetgever de combinatie van zorg en betaalde arbeid vergemakkelijken en zodoende de arbeidsparticipatie vergroten.⁵⁴² De wet geeft geen recht op kinderopvang en schept zelf ook geen kinderopvangplaatsen. De met de wet ingevoerde zogeheten vraagfinanciering, dat wil zeggen het rechtstreeks financieel ondersteunen van ouders, werd geacht een prikkel te vormen voor het ontstaan van een groter aanbod.⁵⁴³ Daarnaast worden in de wet kwaliteitseisen gesteld aan kinderopvang, die ik verder onbesproken laat.

Doelstelling van de wet was wat de financiering betreft, om de kosten van kinderopvang min of meer evenredig te verdelen over de drie partijen: de ouders, de overheid, en de werkgever. Dit werd gerechtvaardigd door de gedachte dat deze drie partijen ook alledrie belangen hadden bij een verhoogd gebruik van kinderopvang.⁵⁴⁴ De hoogte van de bijdrage van de overheid wordt op grond van art. 7 Wko vastgesteld in een uitvoeringsbesluit, waarin een inkomensafhankelijke staffel is opgenomen.⁵⁴⁵ De werkgeversbijdrage zou idealiter een derde van de kosten moeten bedragen. Omdat de meeste werknemers die gebruik maken van kinderopvang tweeverdiener zijn, werd van werkgevers verwacht dat zij een zesde zouden bijdragen. Alleenverdieners kregen daarom een zesde deel extra toeslag van de overheid. Betrokkenheid van werkgevers bij de financiering van kinderopvang kwam op dat moment bijna niet voor in andere Europese landen.⁵⁴⁶ De overheid achtte dit desalniettemin gerechtvaardigd vanwege het feit dat werkgevers tot dan toe ook al bijdroegen aan de financiering van kinderopvang. De bijdrage van werkgevers werd echter niet verplicht gesteld, omdat de wetgever eerst sociale partners in de gelegenheid wilde stellen om vrijwillig bijdragen af te spreken.⁵⁴⁷

De doelstelling van de wetgever was dat er in 2008 een situatie zou worden bereikt waarin 90% van de werknemers aanspraak zou kunnen maken op een volwaardige

⁵⁴⁰ *Kamerstukken II* 1997/98 26 024, nr. 10, p. 28. De behandeling van het wetsvoorstel uit 2001 werd om financiële redenen eige tijd uitgesteld. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 447, nr. 6.

⁵⁴¹ Wet van 9 juli 2004 tot regeling met betrekking tot tegemoetkomingen in de kosten van kinderopvang en waarborging van de kwaliteit van kinderopvang, *Stb.* 2004, 455.

⁵⁴² *Kamerstukken II* 2001/02, 28 447 nr. 3, p. 1.

⁵⁴³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 447 nr. 3, p. 16 e.v.

⁵⁴⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 447 nr. 3, p. 2-3; p. 20 en Nota Hoofdlijnen Wet basisvoorziening kinderopvang, *Kamerstukken II*, 1999/00, 26 587, nr. 9, p. 20.

⁵⁴⁵ Besluit kinderopvangtoeslag en tegemoetkoming in kosten kinderopvang, *Stb.* 2004, 554. Elementen die daarbij een rol spelen zijn de prijs van de opvang, het aantal uren kinderopvang, het aantal kinderen per gezin dat kinderopvang geniet en het gezamenlijk toetsingsinkomen van de ouder en diens eventuele partner. Bij een gezamenlijk toetsingsinkomen van circa € 74 000 bedroeg de rijksbijdrage voor het eerste kind nihil (berekening 2004, vgl. Dusarduijn 2004).

⁵⁴⁶ Alleen in Frankrijk droegen de sociale partners bij aan een landelijk kinderopvangfonds. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 447, nr. 3, p. 20.

⁵⁴⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 447, nr. 3, p. 20-21.

bijdrage. In 2006 is echter geconstateerd dat die doelstelling waarschijnlijk niet gehaald zou worden. Op dat moment kon 64,7% van de werknemers aanspraak maken op een bijdrage. De regering heeft hieruit de conclusie getrokken dat de werkgeversbijdrage een wettelijke regeling behoeft. Ter rechtvaardiging hiervan werd gewezen op het feit dat de bijdrage voor kinderopvang in de ogen van de regering een belangrijke voorwaarde is voor meer arbeidsparticipatie van vooral vrouwen.⁵⁴⁸ Gekozen werd voor een collectieve financiering in de vorm van een opslag op de WW-sectorpremie (art. 9 WKo). Het voordeel daarvan was volgens de wetgever dat in een dergelijk stelsel de kosten van de financiële tegemoetkoming over alle werkgevers gelijkelijk worden gespreid, ongeacht de behoefte van hun werknemers aan kinderopvang. De loonkosten van een werknemer die aanspraak op een tegemoetkoming heeft, zijn bovendien dezelfde als van een werknemer die geen gebruik hoeft te maken van kinderopvang.⁵⁴⁹ Hoewel zowel werknemers als zelfstandigen de kinderopvangtoeslag kunnen aanvragen bij de Belastingdienst, wordt de werkgeversbijdrage uitsluitend aangewend voor de toeslagen betaald aan werknemers. Anders dan de overheidsbijdrage van art. 7 WKo is het werkgeversdeel van de bijdrage niet inkomensafhankelijk. De werknemer heeft op grond van art. 8 WKo recht op een extra toeslag van een derde van de gemaximeerde kosten voor kinderopvang. Voor alleenstaande ouders bestaat de vermeerdering uit een zesde deel. De wetswijziging is ingegaan op 1 januari 2007.⁵⁵⁰

De aanspraak op kinderopvangtoeslag is enerzijds weinig stabiel gebleken. De inkomensafhankelijke bijdrage is in 2006 en 2007 verruimd zodat ook hogere inkomensgroepen ervan konden profiteren. Daarna is de toeslag weer verlaagd in 2009, en de toeslag zal in 2011 opnieuw worden verlaagd.⁵⁵¹ De verlagingen hangen samen met het succes van de regeling. Sinds de invoering ervan is het aantal formele kinderopvangplaatsen gestegen van 375.000 in 2005 tot 800.000 in 2009.⁵⁵² Daarnaast werd de wet aangepast om oneigenlijk gebruik en misbruik terug te dringen. In 2010 is het bereik van de regeling beperkt door nadere eisen te stellen aan de professionaliteit van de kinderopvang waarvoor de bijdrage van toepassing is.⁵⁵³ Anderzijds is de regeling ook met inachtneming van die bezuinigingsmaatregelen, nog opvallend ruimhartig, zeker in vergelijking met andere inkomensondersteunende maatregelen ten behoeve van het combineren van arbeid en zorg.⁵⁵⁴

Ten slotte valt nog te wijzen op initiatieven van de wetgever met betrekking tot de verbetering van de tussenschoolse en buitenschoolse opvang. Buitenschoolse opvang voor kinderen die naar de basisschool gaan valt ook onder de Wet Kinderopvang. De schoolleiding heeft krachtens art. 45 van de Wet op het primair onderwijs sinds 2006

548 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 804, nr. 3, p. 28.

549 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 804, nr. 3, p. 28.

550 Wet Belastingplan 2007, Stb. 2006, 682.

551 Soetendal 2008, p. 10; *Kamerstukken II* 2009/10, 31 322, nr. 87, p. 1.

552 Brief van de minister aan de kamer van 11 juni 2010, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 322, nr. 87, p. 1.

553 Stb. 2009, 345.

554 Zie www.toeslagen.nl voor een proefberekening: een gezin met twee kinderen die elk 3 volle dagen in de week kinderopvang hebben terwijl het gezinsinkomen per jaar 50.000 euro bedraagt, kreeg in 2010 1310 euro per maand toeslag.

een inspanningsverplichting voor de aansluiting van de buitenschoolse opvang op het onderwijs. Het bieden van tussenschoolse opvang is sinds 2006 een verplichting voor basisscholen, op kosten van de ouders.⁵⁵⁵

4.6 Jurisprudentie over deeltijdarbeid en verlof

In het voorgaande zijn ontwikkelingen besproken in de wet- en regelgeving inzake de combinatie van arbeid en zorg. Daarbij is niet of nauwelijks aandacht besteed aan de uitleg van deze wet- en regelgeving in jurisprudentie. Ook is niet besproken op welke wijze rechters conflicten over verlofwensen of wensen van werknemers inzake arbeidstijdpatronen oplossen als de wet daarvoor niet met zoveel woorden een regeling geeft. De jurisprudentie over arbeid en zorg en aanpassing van de arbeidsduur komt aan de orde in deze paragraaf. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen ontwikkelingen voor 1990 en ontwikkelingen daarna. Soms is er geen scheidslijn aan te geven, of de scheidslijn ligt niet in 1990. In het navolgende bespreek ik het recht op aanpassing van de arbeidsduur, het recht op opnemen van verlof, de spreiding van de arbeidsuren over de week, het behoud van arbeidsvoorwaarden in verband met het opnemen van verlof of aanpassing van de arbeidsduur, en ontslag in verband met aanpassing van arbeidsduur en verlof. Jurisprudentie van het Hof van Justitie EG inzake de Zwangerschapsverlofrichtlijn en de Ouderschapsverlofrichtlijn wordt hier en daar besproken. Omdat deze jurisprudentie ook samenhangt met het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen wordt de jurisprudentie hierover daarnaast behandeld in hoofdstuk 5.

4.6.1 Aanpassing arbeidsduur

In de rechtspraak werd vanaf eind jaren tachtig op diverse grondslagen gestreefd naar de omzetting van een voltijdsdienstbetrekking naar een deeltijddienstbetrekking. Aanvankelijk ging het daarbij vaak om werkgevers die door deeltijdontslagen een tijdelijke crisis het hoofd wilden bieden of de wekelijkse arbeidsduur om andere redenen wilden verminderen. Dit werd bijvoorbeeld bewerkstelligd via de route van gedeeltelijke opzegging of ontbinding⁵⁵⁶ of door algehele ontbinding onder toekenning van een vergoeding die lager kon uitvallen in geval een nieuwe parttime arbeidsovereenkomst werd aangeboden.⁵⁵⁷ In veel gevallen werden dergelijke verzoeken echter afgewezen, meestal wegens het ontbreken van een grondslag in de wet.⁵⁵⁸ Net als in de rechtspraak was ook in de literatuur verdeeldheid over de

⁵⁵⁵ Stb. 2006, 291 en Stb. 2006, 590.

⁵⁵⁶ Bv. Ktg. Deventer 13 oktober 1988, Prg. 1988, 3006; Ktg. Amsterdam 1 november 1993, JAR 1994/20; Ktr. Roermond 4 oktober 1994, JAR 1994/258; Ktr. Venlo 8 november 1994, JAR 1994, 260; Ktr. Alphen aan den Rijn 15 februari 1995, JAR 1995/60.

⁵⁵⁷ Ktr. Rotterdam 16 februari 1995, JAR 1995/61; Ktr. Rotterdam 1 december 1995, JAR 1995/6.

⁵⁵⁸ Ktg. Rotterdam 26 september 1983, Prg. 1983, 2025; Ktg. Wageningen 6 april 1988, Prg. 1989, 2986; Ktg. Haarlem 3 juni 1988, Prg. 1988, 2943; Ktg. Wageningen 19 augustus 1992, Prg. 1992, 3733; Ktg. Lelystad 2 februari 1993, JAR 1993/65; Ktg. Utrecht 3 maart 1994, JAR 1994/69; Ktg. Utrecht 18 juli 1994, JAR 1994/164; Ktr. Utrecht 3 april 1995, JAR 1995/102. Zie voor een geval waarin het verzoek na een belangenafweging werd afgewezen Ktr. Groenlo 10 april 1995, JAR 1995/103.

rechtsgeldigheid van deze mogelijkheid. Zo vonden sommigen dat deeltijdontslag niet mogelijk was wegens de 'ondeelbaarheid' van de arbeidsovereenkomst.⁵⁵⁹ Anderen redeneerden dat wie het meerdere kan, ook het mindere kan.⁵⁶⁰

Nadien kwamen deeltijdwensen ook steeds vaker bij werknemers voor, vooral bij werknemers met zorgtaken, die aansluitend op hun ouderschapsverlof in deeltijd wilden gaan werken.⁵⁶¹ De routes naar een deeltijddienstbetrekking die voor deze werknemers werden genoemd in de literatuur waren een beroep op het goed werkgeverschap, bijvoorbeeld naar analogie van het door de Hoge Raad al aangenomen recht op aangepaste arbeid voor langdurig arbeidsongeschikte werknemers,⁵⁶² of een beroep op art. 6:258 BW.⁵⁶³ Rechters oordeelden verdeeld over de mogelijkheid de aanpassing van de arbeidsduur te ontlelen aan deze gronden. Het beroep op art. 6:258 BW leidde nog het minst vaak tot het gewenste resultaat. Veel rechters meenden dat persoonlijke omstandigheden, zoals gezinsuitbreiding, uit de aard der zaak niet tot een wijziging van de overeenkomst konden leiden, omdat zij in de risicosfeer van de werknemer hoorden en daar ook moesten blijven⁵⁶⁴ of omdat partijen in de eerste plaats gebonden waren aan de gemaakte afspraken.⁵⁶⁵ Een beroep op het goed werkgeverschap had vaker succes. Er waren rechters, die meenden dat een goed werkgever in ieder geval verplicht was om een deeltijdverzoek in overweging te nemen. Sommigen hakten vervolgens de knoop door op grond van procedureregels: het verzoek moest bijvoorbeeld in ieder geval serieus in behandeling worden genomen en gemotiveerd worden afgewezen.⁵⁶⁶ Andere rechters begaven zich in een belangenafweging, waarbij de uitkomst in een enkel geval in

559 Loonstra 1995, p. 204.

560 Ulrici 1994; vgl. ook Zondag 2001, p. 239 en Van Slooten 1999, p. 342.

561 Vgl. Wentholt 1990b, Olbers 1992, Uhlenbroek 1994.

562 Olbers 1992 en Wentholt 1990b p. 129-130. Ter onderbouwing wordt verwezen naar HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (*Van Haaren/Cehave*).

563 Van der Heijden 1992.

564 Pres. Rb. Amsterdam 27 juli 1995, JAR 1995/176 (zorg voor astmatische kinderen valt in eigen risicosfeer, deeltijdverzoek afgewezen vanwege art. 6:258 lid 2 BW); Ktr. Amsterdam 29 oktober 1996, JAR 1996/236 (deeltijdverzoek vanwege babyzorg afgewezen, eigen risico op grond van art. 6:258 lid 2 BW); Ktr. Delft 5 juni 1997, JAR 1997/147 (idem); Ktr. Rotterdam 22 oktober 1997, JAR 1998/4 (deeltijdontbinding afgewezen, gehele ontbinding toegewezen, persoonlijke omstandigheden in risicosfeer werknemer); Ktr. Gouda 15 juli 1999, JAR 1999/184 (verstoorde arbeidsverhouding wegens conflict aanpassing arbeidstijden aan zorg, ontbinding in risicosfeer werknemer). Anders: Ktr. Apeldoorn 16 december 1996, Prg. 1997, 4724 (deeltijdverzoek toegewezen, geslaagd beroep op art. 6:258 BW).

565 Ktr. Tilburg 23 januari 1997 en 24 april 1996, Prg. 1997, 4868 (mogelijkheid deeltijdarbeid ondanks opname in arbeidsovereenkomst terughoudend getoetst wegens gebondenheid aan afspraken, verzoek afgewezen wegens belang werkgever bij gewenst evenwicht tussen voltijders en deeltijders).

566 Ktg. Breda 22 augustus 1990, Prg. 1990, 3353 (mogelijkheid deeltijdverzoek moet minstens worden onderzocht, ontbinding met vergoeding); Ktg. Zevenbergen 2 mei 1991, Prg. 1991, 3488 (idem).

het voordeel van de werknemer uitviel,⁵⁶⁷ of tot een compromis werd gekomen in de vorm van toewijzing van een proefperiode.⁵⁶⁸

Verzoeken om in deeltijd te mogen werken worden sinds 2001 geregeld in de Wet Aanpassing Arbeidsduur (zie par. 4.5.4). Daarin is geregeld dat de werknemer in beginsel een recht heeft op aanpassing van de arbeidsduur, behoudens zwaarwegende belangen. Gelet op het voorgaande is deze hoofdregel een omkering ten opzichte van de situatie in de rechtspraak tot dan toe. De rechter dient volgens de toelichting van de wetgever bij de beoordeling van de vraag of dergelijke zwaarwegende belangen aanwezig zijn, geen marginale maar een integrale toets toe te passen.⁵⁶⁹ De vraag rijst derhalve hoe rechters deze regel hebben toegepast.

Uit jurisprudentie blijkt dat de rechter deze bepaling doorgaans loyaal toepast. Het verwijzen naar een algemeen beleid is bijvoorbeeld doorgaans onvoldoende voor het aannemen van een zwaarwegend belang,⁵⁷⁰ zelfs al is er instemming van de OR met dat beleid.⁵⁷¹ De onaanvaardbaarheid van toewijzing van het verzoek moet blijken uit de gevolgen die toewijzing in het concrete geval zou hebben. Ook de bewering dat een functie zich niet leent voor deeltijdarbeid wordt veelal niet zomaar gehonoreerd.⁵⁷² Iets specifiekere argumenten zoals roosterproblemen, het niet voorhanden zijn van een vervanger, extra administratieve kosten en overheadkosten tellen meestal ook niet zonder meer als zwaarwegend.⁵⁷³ De rechter verlangt namelijk van de werkgever dat

567 Ktr. Almelo 22 november 1995, Prg. 1995, 4441 (deeltijdwens jonge ouder moet in beginsel worden toegewezen, vooral bij vrouwen). Afgewezen: Ktr. Den Haag 26 augustus 1998, *JAR* 1998/241 (wens rolwisselingen tussen echtgenoten van werknemer met opgroeiende kinderen weegt minder zwaar dan publieke onderwijsbelangen werkgever).

568 Ktr. Amsterdam 28 augustus 1995, Prg. 1995, 4385 (deeltijdwens werkneemster om zelf voor kinderen te zorgen in plaats van meer dagen kinderopvang is gerechtvaardigd, werkgeefster heeft bedrijfsbelang niet aangetoond, proefperiode toegewezen); Ktr. Venlo 8 april 1998, Prg. 1998, 4979 (echtgenoot van werkneemster met deeltijdwens kan verzorging niet overnemen, proefperiode toegewezen).

569 *Kamerstukken I* 1999/00, 26 358, nr. 52c (MvA), p. 15.

570 Ktr. Nijmegen 18 juli 2001, *JAR* 2001/192 (beleid minimale urengrens voor functie niet zwaarwegend); Ktr. Zutphen 26 november 2002, *JAR* 2003/8; Ktr. Rotterdam 6 november 2001, *JAR* 2002/7; Ktr. Amsterdam 20 november 2002, *JAR* 2002/281; Ktr. Delft 15 januari 2004, *JAR* 2004/226, Ktr. Dordrecht 15 maart 2006, *JAR* 2006/90; Ktr. Dordrecht 1 maart 2007, *JAR* 2007/147; Ktr. Gouda 21 februari 2008, *JAR* 2008/173; Ktr. Roermond 3 september 2008, *LJN* BE9930. Wel gehonoreerd: Ktr. Zwolle 15 maart 2005, *RAR* 2005/74; Ktr. Haarlem 11 juli 2005, *JAR* 2005/182.

571 Hof Arnhem 10 december 2002, *JAR* 2003/70 (precedentwerking is geen zwaarwegende reden; aan instemming OR met minimale urengrens komt geen betekenis toe, verzoek toegewezen); Ktr. Roermond 3 september 2008, *LJN* BE9930 (door de OR goedgekeurd deeltijdbeleid is onvoldoende voor aannemen zwaarwegend belang, verzoek toegewezen); Ktr. Gouda 21 februari 2008, *JAR* 2008/173 (beleid arbeidsduurverkorting met instemming OR is van weinig belang, verzoek toegewezen).

572 Zie bijvoorbeeld Ktr. Haarlem 17 mei 2001, *JAR* 2001/117; Ktr. Den Bosch 8 februari 2002, *JAR* 2002/57; Ktr. Gouda 22 juli 2004, *JAR* 2004/245 en Hof Amsterdam 26 april 2007, *JAR* 2007/193.

573 Ktr. Eindhoven, 5 maart 2002, *JAR* 2002/88 (roosterproblemen niet zwaarwegend); Ktr. Amsterdam 20 november 2002, *JAR* 2002/281 (roosterproblemen niet zwaarwegend); Ktr. Rotterdam 6 november 2001, *JAR* 2002/7 (extra kosten niet zwaarwegend); Ktr. Breda 30 maart 2001, *JAR* 2001/85 (te weinig werkruimte voor extra medewerker niet zwaarwegend); Ktr. Groningen 23 maart 2001, *JAR* 2001/87 (deeltijdvervanger zoeken valt te vergen); Ktr. Amsterdam 14 maart 2007, *JAR* 2007/98 (deeltijdvervanger zoeken valt te vergen); Ktr. Gouda 22 juli 2004, *JAR* 2004/245 (onvervangbaarheid werknemer is niet aannemelijk, tijdens vakantie of ziekte moet toch ook naar vervanging gezocht worden).

hij redelijke aanpassingen in de organisatie van zijn bedrijf doorvoert om deeltijdarbeid mogelijk te maken. Dat hij daarvoor kosten moet maken en mogelijk een suboptimale bedrijfsvoering moet doorvoeren, moet daarbij als door de wetgever verdisconteerd gevolg worden geaccepteerd.⁵⁷⁴ Vaak worden argumenten van bijvoorbeeld roostertechnische aard weerlegd door te wijzen op eerdere ervaringen tijdens het opgenomen ouderschapsverlof. Deze ervaringen worden regelmatig aangemerkt als indicatie dat ook structureel deeltijdwerken niet tot problemen hoeft te leiden.⁵⁷⁵

De aanwezigheid van zwaarwegende belangen die toewijzing van aanpassing van de arbeidsduur in de weg staan wordt al met al zelden aangenomen. Zelfs de belangen van derden bij persoonlijke continuïteit in bijvoorbeeld onderwijs of zorg, een belang dat in de parlementaire geschiedenis als zwaarwegend is aangemerkt,⁵⁷⁶ wegen niet altijd zwaar genoeg.⁵⁷⁷ In sommige gevallen leidden deze bezwaren wel tot afwijzing, zoals in het geval van een medewerkster van een medisch kinderdagverblijf en een verpleegkundige die een spilfunctie vervulde.⁵⁷⁸ Ook is er een enkel voorbeeld van de in de wetsgeschiedenis genoemde uitzondering van functies waarin een minimale arbeidsomvang mocht worden vereist om voldoende bekwaamheid voor de uitoefening van de functie te behouden,⁵⁷⁹ namelijk dat van apothekersassistente.⁵⁸⁰ Ten slotte zijn er enkele uitspraken die van de algemene lijn in de rechtspraak afwijken door zwaarwegende belangen aan te nemen zonder dat de belangen van de werkgever nu zeer uitzonderlijk waren.⁵⁸¹ Heel soms geeft de beslissing van de kantonrechter blijk van een compromis tussen de belangen van de werkgever en de werknemer in de vorm van een proefperiode.⁵⁸²

Formele eisen, bijvoorbeeld inzake de tijdige indiening of het doen van een schriftelijk voorstel, spelen geen grote rol in de jurisprudentie over de WAA. Soms valt het

574 Vgl. bv. Ktr. Groningen 23 maart 2001, *JAR* 2001/87; Ktr. Haarlem 17 mei 2001, *JAR* 2001/117; Ktr. Maastricht 2 februari 2001, *JAR* 2001/49 en Ktr. Zwolle 12 oktober 2000, *JAR* 2000/231.

575 Ktr. Zwolle 12 oktober 2000, *JAR* 2000/231; Ktr. Nijmegen 18 juli 2001, *JAR* 2001/192; Ktr. Amsterdam 20 november 2002, *JAR* 2002/281; Ktr. Zwolle 4 juni 2002, *JAR* 2003/160. Anders: Hof Arnhem 10 december 2002, *JAR* 2003/70; Ktr. Opsterland 4 februari 2003, *JAR* 2003/60; Hof Arnhem (KG) 20 november 2007, *LJN* BC4436; Ktr. Nijmegen 1 september 2006, *JAR* 2006/277.

576 *Handelingen II* 1998/99, p. 5893-5895.

577 Verzoek toegewezen in geval van kinderdagverblijven: Ktr. Enschede 29 juni 2004, *JAR* 2004/265, Ktr. Rotterdam 31 oktober 2005, *Prg.* 2006, 30; Ktr. Dordrecht 15 maart 2006, *JAR* 2006/90; Ktr. Dordrecht 1 maart 2007, *JAR* 2007/147.

578 Ktr. Den Haag 9 januari 2003, *JAR* 2003/26 (medisch kinderdagverblijf); Ktr. Haarlem 11 juli 2005, *JAR* 2005/182 (pedagogische stabiliteit voor kinderen in kinderdagverblijf zwaarwegend); Ktr. Nijmegen 1 september 2006, *JAR* 2006/277 (belang werkgever bij spilfunctie verpleegkundige en vast aanspreekpunt voor patiënten is zwaarwegend, ondanks eerder ouderschapsverlof).

579 Als voorbeeld wordt in de wetsgeschiedenis verwezen naar piloten en croupiers, *Handelingen II* 1998/99, p. 5894.

580 Ktr. Heerenveen 1 juni 2006, *JAR* 2006/148; Ktr. Almelo 28 december 2007, *JAR* 2008/41.

581 Ktr. Opsterland 4 februari 2003, *JAR* 2003/60 (onrendabel hoge productiekosten in verband met deeltijdarbeid, verzoek afgewezen); Ktr. Zwolle 15 maart 2005, *RAR* 2005/74 (het niet behalen van de gewenste minimale gemiddelde productiviteit bij een verzekeringsmaatschappij is zwaarwegend bedrijfsbelang, verzoek afgewezen).

582 Ktr. Haarlem 16 september 2008, *LJN* BF1340 (douanewerkzaamheden, voldoende opgeleide vervanger moeilijk te vinden, toewijzing voor een proefperiode van zes maanden).

niet voldoen aan formele vereisten in het nadeel van de werknemer uit,⁵⁸³ maar ook wordt het feit dat een verzoek formele gebreken vertoont wel genegeerd⁵⁸⁴ of zelfs in de risicosfeer van de werkgever gebracht.⁵⁸⁵ Toen de werkgever niet aan zijn overleg- en motiveringsplicht voldeed, bracht dat in een voorkomend geval niet automatisch de toewijzing van een verzoek mee.⁵⁸⁶

In het geval dat de WAA niet van toepassing is omdat de werkgever minder dan tien mensen in dienst heeft, kan toch een verzoek om in deeltijd te mogen werken worden gedaan. Een werkgever dient blijkens art. 2 lid 12 WAA een regeling te treffen inzake de behandeling van dergelijke verzoeken. Dit beleid, of een verzoek aangaande de toepassing ervan, kan worden getoetst aan het goed werkgeverschap.⁵⁸⁷ De vraag is in hoeverre hierin de normen in de WAA een reflexwerking hebben, in die zin dat bijvoorbeeld relatief hoge eisen zouden kunnen worden gesteld aan het belang van de werkgever bij afwijzing van het verzoek. In de rechtspraak komen dergelijke gevallen nog zo sporadisch voor dat daar geen conclusies aan verbonden kunnen worden, al gaat de rechter in beide gevallen in ieder geval over tot een belangenafweging.⁵⁸⁸

4.6.2 Het opnemen van verlof

Ouderschapsverlof

Het kunnen opnemen van ouderschapsverlof is een ongeclausuleerd recht, als men eenmaal valt binnen de kring van verlofgerechtigde werknemers. Door de werkgever mag aan het opnemen van ouderschapsverlof dan ook niet de voorwaarde worden verbonden dat de werknemer zich daadwerkelijk met de verzorging en opvoeding van het kind bezighoudt.⁵⁸⁹ Misbruik van recht is volgens deze uitspraak in algemene zin wel denkbaar, maar kan gelet op de overwegingen van de wetgever om geen

583 Ktr. Zutphen 26 november 2002, *JAR* 2003/8 en Ktr. Zutphen 25 februari 2003, *IJN* AF5551 (verzoek van de werknemer om aanpassing van de arbeidsduur afgewezen, omdat de werknemer het verzoek tot (in dat geval) arbeidsduurvermeerdering niet conform art. 2 lid 3 WAA had ingediend).

584 Ktr. Nijmegen 18 juli 2001, *JAR* 2001/192 (niet voldoen aan formele eisen geen bezwaar nu werkgever terzake geen verweer heeft gevoerd).

585 Ktr. Middelburg 27 oktober 2008, *JAR* 2010/61 (werkgever veroordeeld tot betaling van schadevergoeding ter hoogte van verschil loon voor de gewenste uren en dat voor de ingeroosterde uren, onder de voorwaarde dat de werknemer een formeel (WAA-)verzoek indient en lopend totdat op dat verzoek (onherroepelijk) is beslist).

586 Ktr. Amsterdam 2 mei 2001, *JAR* 2001/113 (verzoek 4x9 afgewezen ondanks onvoldoende motivering werkgever).

587 *Handelingen I* 1999/00, p. 16-635; Zie Van Arkel en Smits 2003, p. 151.

588 Ktr. Eindhoven 5 maart 2002, *JAR* 2002/88 (ontbreken vervanger afgewogen tegen verzorging gehandicapte zus tijdens ouderschapsverlof; ontbreken vervanger is aannemelijk; werknemer hoeft zijn gehandicapte zus niet zelf te verzorgen en hij kan haar ook op vrijdagmiddag, zaterdag of zondag bezoeken of mee naar huis nemen; vordering afgewezen); Hof 's-Hertogenbosch 27 juni 2006, *JAR* 2006/283 (bij een regeling in de zin van art. 2 lid 12 WAA kan het recht op vermindering van de werktijd niet geheel worden uitgesloten, ontslag op staande voet nietig).

589 Ktr. Groningen 20 juni 1991, Prg. 1991, 3501, p. 509 m.nt. W. Hesseling (volgens werkgever wordt verlof gebruikt voor verbouwen van huis, ontslag op staande voet nietig). De zaak leidde uiteindelijk tot ontbinding met vergoeding van fl. 150.000 (Ktr. Groningen 12 december 1991, Prg. 1992, 3618).

voorwaarden te stellen aan het doel van het verlof, niet snel worden aangenomen.⁵⁹⁰ Intrekken van een eenmaal verleend verlof met een beroep op moeilijke bedrijfseconomische omstandigheden is gelet hierop al helemaal niet aan de orde, al lijkt de kantonrechter in een voorkomend geval ook hier de mogelijkheid open te houden dat dat in uitzonderlijke omstandigheden wel zou kunnen.⁵⁹¹ In een enkel geval is het beroep op ouderschapsverlof in strijd met de wet afgewezen met een beroep op een zwaarwegend belang.⁵⁹²

Kortdurend en incidenteel verlof

De regeling van het kortdurende verlof in bijzondere omstandigheden staat al sinds 1907 in de wet. In de jurisprudentie kwam als bijzondere omstandigheid voor het huwelijk van de werknemer.⁵⁹³ Ziekte van de vader van de werknemer was niet als zodanig aangemerkt, evenmin als evacuatie als gevolg van oorlogsomstandigheden, omdat dit te lang duurde.⁵⁹⁴ Nadien is er maar weinig rechtspraak gewezen over dit kortdurende verlofrecht. In een enkel geval had de werknemer wel een beroep kunnen doen op dit recht, maar zowel werkgever als werknemer waren zich kennelijk niet bewust van het bestaan ervan.⁵⁹⁵

Bij kortdurend zorgverlof, in de wet opgenomen sinds 2001, kan ter discussie worden gesteld of het verlof wel is aangevraagd voor 'noodzakelijke' zorg. De werknemer kan worden gevraagd aan te tonen dat de zorg noodzakelijk door hem verleend moest worden, en niet door bijvoorbeeld zijn partner of een betaalde kracht.⁵⁹⁶ Over deze bepaling zijn enkele uitspraken gewezen. In een zaak waarin een werknemer twee weken thuisbleef om voor zijn partner te zorgen na een baarmoederverwijderingsoperatie, meende een kantonrechter dat de werknemer niet behoefde aan te tonen dat zij door niemand anders verzorgd kon worden, aangezien volgens hem deze zorgplicht krachtens het familierecht op eiser rustte. De duur van de noodzakelijke zorg was onvoldoende betwist, zodat de loonverdering werd toegewezen.⁵⁹⁷ In een zaak waarin de mannelijke werknemer de zorg voor partner en kinderen op zich nam nadat zijn vrouw een buikwandcorrectie had laten uitvoeren, meende een kantonrechter daarentegen dat de operatie had kunnen

590 Zie ook Pres. Rb. Utrecht 18 december 1997, KG 1998/152 (geen misbruik van recht door ouderschapsverlof te gebruiken voor eigen bedrijf).

591 Ktr. Den Haag 17 oktober 2003, JAR 2003/250 (intrekken is in strijd met de Wazo en met goed werkgeverschap, wg. heeft bovendien niet voldoende aangetoond dat de drie maanden onbetaald ouderschapsverlof tot onoverkomelijke organisatorische of financiële ontwrichting van de gang van zaken zou leiden, temeer niet nu de ouderschapsverloven van vier andere werknemers wel worden gerespecteerd).

592 Ktr. Terborg 22 maart 2005, JAR 2005/107 (belangrijkste werknemer mag niet op woensdagmiddag vrij nemen, aanwezigheid vereist tijdens ploegenoverdracht en daarna, zwaarwegende belangen).

593 Kt. Amsterdam 22 oktober 1923, R.B.A. XI, 100.

594 Kt. Breda 13 juni 1923, NJ 1924, p. 468 resp. Kt. Arnhem 10 december 1945, NJ 1946, p. 154. Vgl. Molenaar 1957, p. 87.

595 Ktr. Zwolle 21 januari 2005, LJN AS3735 (werknemer meldt zich ziek wegens zwangerschapsproblemen echtgenote, leidende tot afbreken van zwangerschap, ziekmelding wordt niet geaccepteerd, ontbinding zonder vergoeding wegens habe-wenig exceptie).

596 Kamerstukken I 2001/02, 27 207 nr. 8, p. 13.

597 Ktr. Gouda 24 februari 2005, JAR 2005/86.

worden uitgesteld totdat een vervangende verzorger was gevonden, en wees de vordering af.⁵⁹⁸ In een ontbindingsbeschikking werd een conflict over de weigering kortdurend zorgverlof als zodanig te registreren en door te betalen, in de risicosfeer van de werkneemster gebracht.⁵⁹⁹

Lactatieverlof

De eerste rechtspraak inzake het zoogrecht of lactatieverlof dateert uit de jaren tachtig van de vorige eeuw.⁶⁰⁰ Het Hof Amsterdam oordeelde twee maal dat art. 11 lid 2 Aw niet meebracht dat de zuigeling op het werk zou mogen verblijven tussen de voedingen door. Voldoende was dat de werkgever zorgde voor een geschikte ruimte om te voeden.⁶⁰¹ Een uitzondering voor deze regel kan volgens het hof bestaan op grond van het goed werkgeverschap, hetgeen moest worden vastgesteld aan de hand van concrete omstandigheden zoals reistijden en de praktische mogelijkheid tot verblijf op het werk. Het feit dat het (in de tweede uitspraak) ging om nachtdiensten, zodat het niet gemakkelijk zou zijn om iemand bereid te vinden de baby te komen brengen en halen, leidde echter niet tot het aannemen van die uitzondering. Bij zijn overwegingen liet het hof een rol spelen het feit dat ten tijde van de totstandkoming van de wet nog geen goed alternatief voor borstvoeding voor handen was, daarmee implicerend dat thans wel van moeders gevergd kan worden hiervoor te kiezen.⁶⁰²

Wel bevestigde een rechter in 1979 het recht op loon tijdens het lactatieverlof.⁶⁰³ Zoals vermeld is dit recht vanaf 1996 expliciet in de wet geregeld (art. 4:8 lid 3 Artw).

Interessant is ten slotte de zaak waarin een ambulancebedrijf een zogende ambulanceverpleegster geen geschikte ruimte kon geven om haar kind te voeden. De werkgever stelde detachering aan andere ambulancediensten voor, hetgeen zij weigerde, waarna de werkgever de niet-gewerkte dagen op haar vakantietegoed in mindering bracht. De kantonrechter wees de loonvordering in eerste aanleg af met de overweging dat de werkneemster diende te beseffen dat de geboorte van haar kind en het combineren van kinderen en werk haar vrije keuze was, en dat zij zelf de daarbij behorende problemen in de persoonlijke sfeer diende op te lossen.⁶⁰⁴ In hoger beroep werd de vordering alsnog toegewezen met de overweging dat de

598 Ktr. Haarlem 9 juli 2008, *JAR* 2008/211.

599 Ktr. Almelo 23 november 2010, *LJN* BO4952 (ontbinding zonder vergoeding, het conflict betrof tevens een negatief vakantiesaldo, werkneemster wordt verweten dat zij geen initiatief heeft genomen om een regeling te treffen).

600 Monster 1995, p. 116.

601 Hof Amsterdam 30 mei 1980, *NJ* 1981, 136; Hof Amsterdam 4 juli 1984, *NJ* 1985, 119.

602 Kritisch hierover Monster 1995, p. 117-118. Uit door Monster geciteerde, niet gepubliceerde jurisprudentie, blijkt dat andere rechters zich aan deze uitspraken hebben geconformeerd. Ook in jurisprudentie over het recht op WW-uitkering werd een uitkering ontszegd op de grond dat ontslag was genomen omdat de baby niet op het werk mocht verblijven (bv. CRvB 17 juli 1984, *RSV* 1984/241) of omdat de vrouw zich alleen bereid verklaarde tot het verrichten van arbeid voor zover de baby op het werk kon verblijven (bv. CRvB 18 december 1975, *RSV* 1976/178). Zie Monster 1995, p. 119, noot 13.

603 Pres. Rb. Amsterdam 27 september 1979, *NJ* 1980, 236.

604 Ktr. Harderwijk 8 mei 2002, weergegeven in Hof Arnhem 24 juni 2003, *JAR* 2003/198.

vakantiedagen niet waren vastgesteld conform het systeem van de wet, en dat het niet-werken voor risico van de werkgever kwam omdat het aanbod tot het verrichten van passende arbeid te weinig concreet was geweest.⁶⁰⁵

Ongeregeld verlof

Een aantal uitspraken betreffen ten slotte geschillen over het opnemen van niet in de wet geregelde vormen van verlof. In een voorkomend geval was een werknemer op staande voet ontslagen wegens een bezoek van ruim twee weken aan een zieke vader in Griekenland. De kantonrechter overwoog dat weliswaar van de werknemer te vergen was geweest om de werkgever in te lichten over zijn situatie, maar toch was een ontslag op staande voet na een dienstverband van 13 jaar niet te rechtvaardigen.⁶⁰⁶

Een werknemer die door ziekte van zijn reisgenoot ruim na het verstrijken van zijn vakantie op zijn werk verscheen kon wel op staande voet worden ontslagen, enerzijds omdat hij al vaker was berispt wegens te laat komen, maar ook omdat onvoldoende was gebleken dat hij niet apart van zijn reisgenoot terug kon reizen.⁶⁰⁷ Het gegeven dat men naar menselijke maatstaven een zieke reisgenoot niet zomaar in de steek laat, moest in dit geval voor risico van de werknemer blijven.

4.6.3 Spreiding arbeidsuren

Een geschil over de spreiding van de arbeidsuren over de week kan ontstaan bij tijdelijke of structurele aanpassing van de arbeidsduur per week, zoals bij het opnemen van ouderschapsverlof of bij aanpassing van de arbeidsduur. Daarnaast kunnen werknemers ook verzoeken om aanpassing van hun arbeidstijdpatronen zonder dat de arbeidsduur per week wijzigt. In par. 3.6.2 is al aan de orde gekomen, dat werkgevers vaak bevoegd worden geacht overeengekomen of gebruikelijke arbeidstijdpatronen te wijzigen, zij het dat hij wel voor zover mogelijk met de belangen van werknemers rekening moet houden door te overleggen en overgangsmaatregelen te treffen. Hier staat de vraag centraal, in hoeverre hetzelfde mogelijk is als de werknemer zijn arbeidstijdpatronen wil aanpassen. In het navolgende wordt eerst aandacht besteed aan de jurisprudentie inzake de spreiding van uren bij het opnemen van ouderschapsverlof. Daarna komt aan de orde de spreiding van arbeidsuren bij een verzoek tot vermindering van arbeidsduur inzake de WAA, en ten slotte nog een aantal uitspraken over spreiding van arbeidsuren zonder verandering van de arbeidsduur per week. In ieder geval sinds 2003 moet de werkgever krachtens art. 4:1a lid 1 Artw voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, bij de vaststelling van het arbeidstijdpatroon van de werknemer, rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer buiten de arbeid. De vraag is, in hoeverre dit gegeven is terug te vinden in de rechtspraak.

605 Hof Arnhem 24 juni 2003, *JAR* 2003/198.

606 Rb. Amsterdam 10 december 1997, *JAR* 1998/12.

607 Ktr. Haarlem 6 november 2003, *JAR* 2003/287.

Ouderschapsverlof

De werknemer mag bij het aanvragen van ouderschapsverlof aangeven, hoe de resterende arbeidsuren over de week gespreid moeten worden. De werkgever mag de spreiding van de uren over de week echter op grond van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang wijzigen, tot vier weken voor het tijdstip van ingang van het verlof (art. 6:5 lid 1 en lid 3 Wazo). In het geval van ouderschapsverlof is volgens de wetgever sprake van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang als de gang van zaken in de onderneming ernstig ontwricht zou worden en het belang van de werknemer in redelijkheid niet tegen de gevolgen daarvan voor de gang van zaken in de onderneming opweegt.⁶⁰⁸ Dit criterium leidt in de rechtspraak meestal tot toewijzing van de door de werknemer gewenste spreiding.⁶⁰⁹ Slechts in een enkel geval valt het oordeel van de rechter ten gunste van de werkgever uit,⁶¹⁰ of wordt een compromis aangedragen.⁶¹¹

Aanpassing arbeidsduur

De belangenafweging die de rechter moet maken bij onenigheid over de spreiding van de resterende uren over de week valt anders uit bij aanpassing van de arbeidsduur. Art. 2 lid 6 WAA bepaalt dat de werkgever van het voorstel van de werknemer mag afwijken als hij daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken. Dit kan aangemerkt worden als een lichtere toets dan bij de beoordeling van de spreiding van de resterende uren bij het opnemen van ouderschapsverlof.⁶¹² Dit is daarnaast door de wetgever bedoeld als een lichtere toets dan de toets bij het al of niet mogen aanpassen van de arbeidsduur. Uit de wetsgeschiedenis kan zelfs worden afgeleid dat de wetgever het belang van de werkgever om in vrijheid de roosters te kunnen vaststellen min of meer als uitgangspunt heeft genomen bij een conflict over spreiding van uren bij aanpassing van de arbeidsduur. De wetgever stelde namelijk dat, aangezien de werkgever verantwoordelijk is voor de efficiëntie en de effectiviteit van de bedrijfsvoering, hij de mogelijkheid heeft gekregen om de door de

⁶⁰⁸ Kamerstukken II 2000/01, 27 207, nr. 5, p. 73.

⁶⁰⁹ Ktr. Hilversum 23 augustus 2010, *JAR* 2010/241 (marketinganaliste wil ouderschapsverlof op vrijdag, geen zwaarwegende belangen werkgever, beleid minimum werkweek met instemming OR speelt geen rol); Ktr. Utrecht 3 november 2009, *JAR* 2010/117 (werkneemster wil tijdens verlof op 3 hele dagen werken, werkgeefster wil dat zij 5 halve dagen werkt, tewerkstelling toegewezen, ontbindingsverzoek wegens verstoorde verhouding afgewezen, geen zwaarwegend belang); Ktr. Amsterdam, 18 december 2008, *JAR* 2009/43 (assistent-makelaar (v) wil een dag per week ouderschapsverlof, weigering werkgeefster met beroep op bedrijfsbeleid en bijzondere band met klanten, geen zwaarwegend belang, ontbinding met vergoeding € 29.000); Hof Den Haag 1 augustus 2003, *JAR* 2003/270 (niet aannemelijk dat belasting voor collega's groter is wanneer ouderschapsverlofuren worden verdeeld over drie middagen in plaats van aaneengesloten over een gehele dag, meer overdrachtsmomenten geen zwaarwegend belang); Ktr. Alphen aan den Rijn 18 maart 2003, *JAR* 2003/11 (halve middagen ouderschapsverlof veroorzaakt geen ernstige organisatorische problemen, geen zwaarwegend belang).

⁶¹⁰ Ktr. Terborg 22 maart 2005, *JAR* 2005/107 (belangrijkste werknemer in fietsfabriek mag niet op woensdagmiddag vrij nemen, aanwezigheid vereist tijdens ploegenoverdracht en daarna, zwaarwegende belangen).

⁶¹¹ Ktr. Breda 30 maart 2001, *JAR* 2001/85 (primaire vordering aanpassing arbeidsduur afgewezen, subsidiaire vordering ouderschapsverlof op proef toegewezen voor drie aaneengesloten dagen om overdrachtsmomenten te beperken).

⁶¹² Ktr. Alphen aan den Rijn 18 maart 2003, *JAR* 2003/11.

werknemer gewenste spreiding van de uren te wijzigen, zoals ook gebruikelijk is bij de overige (deeltijd)-werknemers. Daarbij dient hij zich wel te gedragen als een goed werkgever.⁶¹³ Anders dan bij de vraag of de aanpassing als zodanig van de werkgever kan worden gevegd, brengt dit mee dat de werknemer zijn belangen bij de door hem gewenste spreiding van uren inhoudelijk moet toelichten om ze te kunnen laten meewegen bij de toets of ze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken voor het belang van de werkgever.

Hoe pakt dit uit in de rechtspraak? In de meeste zaken is het belang van de werknemer gelegen in de afstemming op zorgverplichtingen buiten het werk.⁶¹⁴ Daartegenover staat het belang van de werkgever bij een optimale bedrijfsvoering. De afweging van de rechter tussen die twee belangen leidt er meestal toe dat de werknemer een andere spreiding van de resterende uren moet accepteren dan door hem of haar gewenst.⁶¹⁵ Aanpassing van de bedrijfsvoering aan individuele behoeftes valt daarbij niet snel van de werkgever te vergen. Het goed werknemerschap brengt volgens een rechter bijvoorbeeld mee, dat de werknemer bij zijn voorstel over de spreiding van de uren binnen de voor het bedrijf of de dienst gebruikelijke arbeidstijden blijft.⁶¹⁶ Ook hierop zijn uiteraard uitzonderingen. Het komt ook voor dat de rechter een compromis zoekt tussen beide belangen.⁶¹⁷ Ook beslist de rechter wel eens in het voordeel van de werknemer, bijvoorbeeld omdat de werkgever onvoldoende open stond voor een compromis, of zijn bezwaren onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt.⁶¹⁸ In twee gevallen werd bij een geschil over aanpassing van een rooster in het kader van een verzoek om aanpassing van de arbeidsduur art. 4:1a Artw ingeroepen. Dit leidde in het

613 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 6, p. 3. Vgl. Ktr. Amsterdam 20 september 2001, Prg. 2002, 5821, p. 160.

614 Vgl. Burri 2004, p. 508. Willemsen 2005 wijst er op dat in de gepubliceerde rechtspraak over de WAA niettemin slechts iets meer dan de helft van de verzoekers vrouwelijk was.

615 Ktr. Groningen 23 maart 2001, *JAR* 2001/87 (vaste dagen-wens moet wijken voor het belang van de werkgever dat zij niet inactief 'op de bank' zit, werkgever moet wel streven naar vast patroon op langere termijn); Ktr. Haarlem, 17 mei 2001, *JAR* 2001/117 (erkenning werkneemster dat haar functie niet in drie dagen kan worden uitgeoefend, werkgever mag spreiding uren vaststellen, verdeeld over vier dagen); Ktr. Amsterdam 20 september 2001, Prg. 2002, 5821, p. 160 (efficiency en effectiviteit van de bedrijfsvoering mogen zwaarder wegen, dit vergt volgens werkgever minimaal drie keer per week dienst); Ktr. Rotterdam 6 november 2001, *JAR* 2002/7 (spreiding van de 25 uren per week over vier dagen in plaats van drie dagen gerechtvaardigd ter wille van de continuïteit en gelet op de branche (detailhandel)); Hof Arnhem 10 december 2002, *JAR* 2003/70 (door werknemer gewenste spreiding van de ene week arbeid op dinsdag, woensdag en donderdag en de andere week op woensdag en donderdag afgewezen, wegens probleem zoeken vervanger); Ktr. 7 juli 2006, *JAR* 2006/201 (gewenste spreiding van 16 uur over drie dagen afgewezen, inzet op vierde dag vereist wegens moeilijke omstandigheden werkgever); Ktr. Nijmegen 5 december 2007, *JAR* 2008/121 (werknemer in ploegendienst wil op vrijdagavond eerder naar huis wegens zorg zoontje en koopavond echtgenote, belang werkgever weegt zwaarder mede vanwege vrees precedentwerking); Ktr. Bergen op Zoom 23 augustus 2006, *LJN* AY7010 (aanpassing werktijden van 40 naar 36, 4 x 9 kan niet van werkgever worden gevegd, zou aanpassing normale werktijden binnen bedrijf vergen).

616 Ktr. Bergen op Zoom 23 augustus 2006, *LJN* AY7010.

617 Ktr. Zwolle 12 oktober 2000, *JAR* 2000/231 (werkneemster wil werken op 2,5 dag op vaste tijdstippen omdat ze daarvoor kinderopvang kan regelen, werkgever wil 5 halve dagen, werkneemster mag op drie vaste dagen werken maar moet variërende tijdstippen accepteren).

618 Ktr. Rotterdam 31 oktober 2005, Prg. 2005, 30, p. 107 (aanpassing van de arbeidsduur volgens een dienstrooster over de volle week in strijd met redelijkheid en billijkheid, onder andere wegens →

eerste geval tot een voor de werknemer gunstige uitkomst.⁶¹⁹ In het tweede geval ging de rechter uitvoerig na welke belangen partijen hadden en welke alternatieven openstonden voor vervanging op het werk en thuis, om uiteindelijk op een compromis uit te komen.⁶²⁰

Mogelijk willen rechters met de relatief werkgeversvriendelijke invulling van art. 2 lid 6 WAA in zekere zin een compensatie bieden voor het feit dat werkgevers wel de vermindering van de arbeidsduur moeten accepteren.⁶²¹ In sommige gevallen is echter voorstelbaar dat de vermindering van de arbeidsduur voor de werknemer grotendeels zinloos wordt als de resterende uren niet kunnen worden aangepast aan zijn of haar verplichtingen buiten het werk.⁶²² Soms zien rechters dit zelf ook. In een geval bleek een kantonrechter bereid de formeel onherroepelijk aangepaste arbeidsduur weer te vermeerderen naar de oorspronkelijke omvang wegens de afwijzing van de door de werknemer gewenste spreiding van de resterende uren.⁶²³ In een ander geval werd de werkneemster in de gelegenheid gesteld haar verzoek weer in trekken in verband met de afwijzing van de door haar gewenste werktijden.⁶²⁴ Nog niet beantwoord is de vraag of een werknemer ook een voorwaardelijk verzoek om aanpassing van de arbeidsduur kan doen, waarbij de aanpassing afhankelijk wordt gemaakt van de toewijzing van de gewenste spreiding van de uren.⁶²⁵

Aanpassing arbeidstijdpatroon

In een enkel geval in de gepubliceerde rechtspraak was ten slotte sprake van een conflict inzake de spreiding van de uren over de week, zonder dat er sprake was van een gelijktijdig beroep op ouderschapsverlof of aanpassing van de arbeidsduur. De werkneemster verlangde spreiding van haar uren over vier dagen per week in plaats van drie dagen. Zij beriep zich mede op een mondeling gedane toezegging tijdens de

weigeren zoeken naar compromis); Ktr. Gouda 22 juli 2004, *JAR* 2004/245 (werktijdenreglement van de werkgever voorziet in afwijking van bloktijden, verzoek werkneemster om af te wijken toegewezen); Ktr. Gorinchem 22 januari 2007, *LJN* AZ7331 (door werknemer gewenste spreiding wordt toegewezen vanwege zijn belang bij de zorg voor kinderen, bezwaren werkgever onvoldoende aannemelijk gemaakt).

619 Ktr. Rotterdam 31 oktober 2005, *Prg* 2006, 30; *LJN* AU5732 (verzoek vermindering van 32 uur per week flexibel naar 16 uur per week op vaste dagen, bezwaar van werkgever tegen spreiding niet gehonoreerd: conform Artw en WAA moet met persoonlijke omstandigheden van werknemer (het regelen van kinderopvang) rekening worden gehouden).

620 Hof Den Bosch 5 oktober 2010, *LJN* BN990 (balieassistente in tandartspraktijk wil later beginnen o.a. wegens medische zorg voor kind, zij mag op sommige dagen iets later beginnen maar niet als haar moeder komt oppassen).

621 Zie in die zin Veldman 2003.

622 Bv Ktr. Groningen 23 maart 2001, *JAR* 2001/87 (vaste dagen-wens moet wijken voor het belang van de werkgeefster dat zij niet inactief 'op de bank' zit, werkgever moet wel streven naar vast patroon op langere termijn); Ktr. 7 juli 2006, *JAR* 2006/201 (gewenste spreiding van 16 uur over drie dagen afgewezen, inzet op vierde dag vereist wegens moeilijke omstandigheden werkgever); Ktr. Nijmegen 5 december 2007, *JAR* 2008/121 (werknemer in ploegendienst wil op vrijdagavond eerder naar huis wegens zorg zoontje en koopavond echtgenote, belang werkgever weegt zwaarder mede vanwege vrees precedentwerking);

623 Ktr. Nijmegen 14 september 2001, *JAR* 2001/227 (verzoek werknemer wegens nevenwerkzaamheden toegewezen, spreiding uren afgewezen, intrekken verzoek niet rechtsgeldig maar toch herstel oorspronkelijke omvang wegens goed werkgeverschap).

624 Ktr. Zwolle oktober 2000, *JAR* 2000/231.

625 Vgl. Veldman 2003, p. 32 en Burri 2004, p. 508.

sollicitatie, dat zij haar functie van 24 uur per week flexibel zou kunnen indelen. De kantonrechter zag aanknopingspunten voor een analoge toepassing van de in de WAA neergelegde criteria. Bovendien betrok de kantonrechter art. 4:1 Artw in zijn afweging. Het verzoek mocht volgens de rechter niet worden afgewezen om de enkele reden dat dit niet paste in het beleid, zelfs niet nu dat beleid met de ondernemingsraad was besproken. Mede vanwege het ontbreken van elke bereidheid tot een compromis werd de vordering van werkneemster toegewezen.⁶²⁶

4.6.4 Behoud arbeidsvoorwaarden in verband met verlof

Tijdens het opnemen van verlof werkt de werknemer of werkneemster uiteraard niet. De gevolgen daarvan voor het inkomen en de ontslagpositie zijn vaak bij wet geregeld, zoals is gebleken in par. 4.5.2 en 4.5.3. De vraag kan rijzen in hoeverre de werknemer recht houdt op andere aspecten van de overeenkomst, zoals het behoud van de eigen functie, het behoud van secundaire arbeidsvoorwaarden zoals onkostenvergoedingen en het recht op bonussen of gratificaties. Dit is niet uitputtend in de Nederlandse wet geregeld. De Zwangerschapsrichtlijn⁶²⁷ en de Ouderschapsverlofrichtlijn⁶²⁸ bevatten wel enkele expliciete bepalingen hierover, zoals bleek in par. 4.5.1.

Het Hof van Justitie heeft zich een aantal malen gebogen over de reikwijdte van deze bepalingen. Een vrijwillig toegekende kerstgratificatie valt in ieder geval niet onder de bezoldiging of rechten zoals bedoeld in art. 11 lid 2 sub b van de Zwangerschapsrichtlijn, noch onder recht of recht in wording in de zin van clause 2 art. 6 van de Ouderschapsverlofrichtlijn.⁶²⁹ Het Hof heeft daarnaast duidelijk gemaakt dat clause 2 art. 6 van de Ouderschapsverlofrichtlijn bedoeld is om het verlies van rechten uit een arbeidsovereenkomst tegen te gaan, die de werknemer al had toen het verlof zijn aanvang nam. Dit recht heeft directe werking. De clause ziet echter niet op zijn of haar rechten tijdens het verlof, zoals bijvoorbeeld een uitkering of de opbouw van sociale zekerheidsrechten. Dit is aan de nationale staten of aan werkgevers en werknemers om te bepalen.⁶³⁰ Wel is een regeling op grond waarvan werknemers die met ouderschapsverlof zijn geweest, na afloop van dit verlof hun daarvoor opgebouwde vakantietegoed verliezen, in strijd met clause 2 art. 6.⁶³¹

626 Ktr. Arnhem 17 september 2007, L/JN BB4550.

627 Richtlijn 1992/85/EEG betreffende de veiligheid en gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, Richtlijn van 19 oktober 1992, PbEG 1992, L 348/1.

628 Richtlijn 1996/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof (PbEG 1996, L 145/4), zoals gewijzigd bij Richtlijn 1997/75/EG van de Raad van 15 december 1997 (PbEG 1998, L 10/24) met als bijlage de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, gesloten op 14 december 1995. De wijziging in 1997 betrof de toetreding van het Verenigd Koninkrijk.

629 HvJ EG 21 oktober 1999, C-333/97, JAR 1999/278 (Lewen). Het geheel of gedeeltelijk onthouden van een kerstgratificatie aan werknemers die met zwangerschapsverlof of ouderschapsverlof zijn of zijn geweest, kan blijkens dit arrest wel getoetst worden aan het recht op gelijk loon. In dat geval was het onthouden van de gratificatie aan werknemers met zwangerschapsverlof wel in strijd met dat recht, het onthouden van de gratificatie aan werknemers met ouderschapsverlof niet. Zie nader hoofdstuk 5, par. 5.3.3.

630 HvJ EG 16 juli 2009, C-537/07; JAR 2009/234 (Gómez-Limón), punt 39 en 40.

631 HvJ EU 22 april 2010, C-486/08, JAR 2010/129 (Land Tirol).

Verworven rechten houden volgens het Hof tevens in de betaling van salaris en emolumenten over de opzegtermijn, terwijl de ontslagvergoeding niet mag worden berekend op basis van het verminderde loon tijdens ouderschapsverlof.⁶³² Zou dit anders zijn, dan zou het immers aantrekkelijk worden om de werknemer juist te ontslaan tijdens het ouderschapsverlof.

Art. 11 lid 2 sub b van de Zwangerschapsrichtlijn geeft recht op het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering van de werkneemster tijdens het verlof. Over de hoogte van de bezoldiging laat de Richtlijn zich niet uit. Wel is voorgeschreven dat een eventuele uitkering minstens zo hoog dient te zijn als het bedrag van de nationale uitkering welke door de socialezekerheidswetgeving is voorgeschreven ingeval van onderbreking van werkzaamheden om gezondheidsredenen (art. 11 lid 3). Uit deze regels volgde volgens het Hof dat de zwangere vrouw tijdens haar verlof geen recht houdt op haar gewone inkomen.⁶³³ De situatie van verlof wegens zwangerschap en bevalling kon volgens het Hof ook niet vergeleken worden met ziekte, en het loon dat wordt betaald tijdens het verlof hoefde dan ook niet gelijk te zijn aan het loon van zieke werknemers. Wel mocht het bedrag van het inkomen tijdens het verlof niet zo gering zijn dat het doel van het zwangerschapsverlof, te weten de bescherming van de vrouwelijke werknemers vóór en na de bevalling, daardoor op de helling kwam te staan.⁶³⁴ Als de zwangere vrouw aangepast werk verricht in de periode buiten het verlof is het Hof specifiek over het ten minste door te betalen loon. Als de werkneemster om redenen gelegen in haar zwangerschap, in de periode voor het zwangerschapsverlof haar eigen werkzaamheden niet kan verrichten en daarom aangepast werk verricht, moet volgens het Hof op grond van uitleg van art. 11 lid 1 van de Zwangerschapsrichtlijn het basissalaris op grond van haar arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding worden doorbetaald, plus loonelementen die te maken hebben met een leidinggevende functie, anciënniteit en beroepskwalificaties. Loonbestanddelen die beogen een compensatie te bieden voor (alsdan niet geleden) ongemakken hoeven echter niet te worden doorbetaald.⁶³⁵ In het Nederlandse recht is het recht op inkomen voor aangepast werk tijdens zwangerschap beperkt tot 70% van het loon, gecompenseerd door een uitkering van 100% van het gemaximeerde dagloon (zie par. 4.5.2). Deze uitspraak zou kunnen leiden tot een recht op een hoger inkomen dan het loon of de uitkering bij ziekte naar nationaal recht, aangezien volgens het Hof in ieder geval het

632 HvJ EG 14 mei 2009, C-116/08; JAR 2009/289; EHRC 2010/2 m.nt. Gundt (*Meerts*). Gundt wijst er op dat de toelichting op de kantonrechtersformule geen regeling bevat op dit punt; er wordt zonder nadere toelichting uitgegaan van het 'bruto maandsalaris'.

633 HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93, JAR 1996/97 (*Gillespie*), punt 20; herhaald in o.a. HvJ EG 8 september 2005, C-191/03; NJ 2006, 299 en JAR 2005/236 (*McKenna*), punt 50.

634 HvJ EG 27 oktober 1998, C-411/96, JAR 1999/14 (*Boyle*). Volgens dit arrest was met deze regels niet in strijd een beding op grond waarvan een bovenwettelijke uitkering bij zwangerschapsverlof moest worden terugbetaald indien de werkneemster na de bevalling niet meer zou komen werken, terwijl deze voorwaarde niet voor zieke werknemers gold.

635 HvJ EU 10 juli 2010, C-471/08 (*Parviainen*), punt 60 en 61; vgl. HvJ EU 1 juli 2010, C-194/08 (*Gassmayr*).

'basissalaris' moet worden doorbetaald, en dat kan hoger zijn dan de uitkering, die gemaximeerd is op 100% van het dagloon.⁶³⁶

In het nationale recht zijn conflicten over het behoud van arbeidsvoorwaarden tijdens of na het verlof nog maar in weinig gepubliceerde uitspraken terecht gekomen. In enkele uitspraken hielden Nederlandse rechters de werkgevers aan de verplichting om geen wijzigingen aan te brengen in het takenpakket van de werkneemster tijdens of na het zwangerschapsverlof of ouderschapsverlof, overigens zonder daarbij te verwijzen naar de betreffende richtlijnen.⁶³⁷ Het goed werknemerschap kan echter meebrengen dat toch een wijziging aanvaard moet worden. In een voorkomend geval kon de werkgever wijzigingen in het takenpakket en de werklocatie doorvoeren in verband met een reorganisatie van zijn bedrijf.⁶³⁸

Het behoud van rechten of het in gelijke mate ontvangen van gunsten is naar nationaal recht nog niet vaak aan de orde geweest in de gepubliceerde jurisprudentie. Een voorkomend geval waarin het recht op een bonus van een verlofganger aan de orde was, had vooral betrekking op het recht op gelijke behandeling en niet zozeer op de uitleg van verlofrechten.⁶³⁹

4.6.5 Ontslag in verband met aanpassing arbeidsduur en verlof

Zoals besproken bevat de Nederlandse wet een aantal opzegverboden in verband met verlof. Dat zijn ten eerste het verbod op te zeggen tijdens zwangerschap, tijdens bevallingsverlof en de eerste zes weken van werkhervatting na de bevalling aansluitend op het verlof (art. 7:670 lid 2 BW). Art. 7:670 lid 7 BW bevat voorts een verbod om op te zeggen wegens de omstandigheid dat de werknemer een beroep gedaan heeft op ouderschapsverlof, het adoptie- en pleegzorgverlof en het kort- en

636 Er valt over te twisten in hoeverre deze uitspraken horizontale directe werking hebben. Art. 11 van de Richtlijn 1992/85/EEG heeft in ieder geval wel directe werking jegens de overheid en moet door de rechter worden toegepast, zo heeft het Hof uitgemaakt in *Gassmayr*. Zie over de directe horizontale werking van het beginsel van gelijke behandeling (dat hier strict genomen niet aan de orde is) o.a. Vas Nunes 2010, p. 147-151; Van Slooten en Heerma van Voss 2010, p. 951.

637 Pres. Rb. Breda 14 maart 1991, KG 1991/128 (bankmedewerkster tewerkgesteld op lager niveau, nu het tegendeel niet blijkt heeft wetgever bedoeld de verlofganger zijn eigen functie te laten uitoefenen); Ktr. Rotterdam 21 juli 1995, JAR 1996/17 (werkneemster niet gehouden alternatieve functie te accepteren, temeer wegens toezeggen behoud functie na afloop van het ouderschapsverlof); Ktr. Nijmegen 6 december 1996, JAR 1996/4 (werkneemster uit functie ontheven na zwangerschapsverlof tijdens ouderschapsverlof; disfunctioneren niet aannemelijk gemaakt; ook al verplicht cao tot enige flexibiliteit, ontheffen uit functie tijdens ouderschapsverlof is in strijd met goed werkgeverschap); Ktr. Breda 30 maart 2001, JAR 2001/85 (werkgever niet gerechtigd tot tewerkstelling in lager ingeschaalde functie tijdens ouderschapsverlof, vordering opname ouderschapsverlof toegewezen); Ktr. Hilversum (vz.) 8 november 2004, JAR 2005/18 (vordering tot tewerkstelling in eigen functie tijdens gedeeltelijk ouderschapsverlof toegewezen); Ktr. Den Haag 30 juni 2006, JAR 2006/196 (reorganisatie tijdens zwangerschap, bij terugkomst geen passende arbeid aangeboden, ontbinding in risicosfeer werkgeefster, vergoeding C=1,5).

638 Ktr. Haarlem, 15 februari 2002, JAR 2002/54 (wijziging in takenpakket en locatie na zwangerschapsverlof is redelijk; ontbinding zonder vergoeding tenzij het voorstel alsnog wordt aanvaard).

639 Hof Amsterdam 27 april 2010, JAR 2010/142. De uitspraak had mede betrekking op het afstemmen op afwezigheid wegens zwangerschapsgerelateerde ziekte. Zie verder par. 5.3.2.

langdurend zorgverlof. Bovendien is verboden het opzeggen wegens zwangerschap of bevalling op grond van het recht op gelijke behandeling (art. 7:646 lid 1 BW).⁶⁴⁰ De bescherming die de opzegverboden bieden is niet waterdicht, zo bleek al uit par. 4.5.3. De werkgever kan zich namelijk steeds tot de kantonrechter wenden met een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:685 BW, die zich weliswaar van de aanwezigheid van opzegverboden moet vergewissen, maar vervolgens toch kan ontbinden. Bovendien kan de werkgever een ontslag op staande voet geven of een werkneemster tijdens de proeftijd ontslaan ook terwijl zij zwanger is. De vraag rijst, hoe rechters hier mee om gaan.

Er zijn geen voorbeelden in de rechtspraak van een geslaagd ontslag op staande voet, gegeven wegens het opnemen van verlof of aandringen op aanpassen van de arbeidsduur. Een ontslag op staande voet wegens het aandringen op aanpassing van de arbeidsduur was bijvoorbeeld niet rechtsgeldig gegeven, ook al betrof het hier een kleine werkgever op wie art. 2 WAA niet van toepassing was.⁶⁴¹

Bij proeftijdontslag geldt naar nationaal recht dat een werkneemster wel mag worden ontslagen tijdens de zwangerschap, maar niet wegens de zwangerschap. In gevallen dat de werkgever een proeftijdontslag heeft gegeven nadat hij van de zwangerschap op de hoogte is geraakt, leidt dit er feitelijk toe dat de werkgever het vermoeden van ontslag wegens zwangerschap zal moeten weerleggen door een andere, overtuigende ontslaggrond aan te dragen.⁶⁴² De rechtspraak geeft vooralsnog geen voorbeelden van gevallen waarin de werkgever daarin is geslaagd. In geval hij daarin wel zou slagen, wordt dan overigens voldaan aan de vereisten van de Zwangerschapsrichtlijn, volgens welke een ontslag tijdens zwangerschap mogelijk is mits de werkgever schriftelijk opgave doet van de gegronde redenen voor het ontslag.⁶⁴³

Ook bij ontbindingsverzoeken kan het feit dat ze in verband staan met het opnemen van verlof of met aanpassing van arbeidsduur in de weg staan aan toewijzing van het

⁶⁴⁰ Dit aspect wordt behandeld in hoofdstuk 5. Voor wat betreft de zwangere werkneemster komt hier alleen de bescherming tijdens zwangerschap en na de bevalling aan de orde, omdat de grondslag hiervan niet ligt in het recht op gelijke behandeling maar in het recht op bescherming van de gezondheid van moeder en kind.

⁶⁴¹ Hof Den Bosch 27 juni 2006, *JAR* 2006/283, *RAR* 2007/7 (ontslag op staande voet, werkgever – eenmanszaak – kan mogelijkheid van minder werken niet (geheel) uitsluiten).

⁶⁴² Ktg. Harderwijk 12 september 1990, *NJ* 1991, 144 (ontslaggrond zwangerschap wordt buiten beschouwing gelaten, andere grond namelijk te laat komen wordt onderzocht); Ktr. Eindhoven 1 december 2005, *JAR* 2006/37 (ontslag kort na melding zwangerschap, werkgever mag bewijs leveren van andere ontslaggrond); Rb. Den Haag (vz.) 8 december 2005, *JAR* 1006/258 (ontslag kort na melding zwangerschap, vertrouwensbreuk wegens vooraf gemelde afwezigheid tijdens vergadering onaannemelijk); Rb. Amsterdam (vz.) 15 juli 2008, *JAR* 2009/61 (zwaardere functie na eerder dienstverband, ontslag kort na melding zwangerschap, discriminatoir ontslag aannemelijk).

⁶⁴³ Art. 10 lid 1 en 2 Zwangerschapsrichtlijn; vgl. o.a. HvJ EU 11 november 2010, C-232/09 (*Danosa*) punt 61. Er blijft een (kleine) categorie over van gevallen waarin de werkneemster naar nationaal recht niet op die manier beschermd is tegen proeftijdontslagen tijdens de zwangerschap, namelijk de gevallen waarin de werkgever niet op de hoogte was van die zwangerschap.

verzoek.⁶⁴⁴ Dat kan zelfs het geval zijn als de arbeidsverhouding daardoor is verstoord. Een kantonrechter overwoog dat het 'op de weg van de werkgever ligt om de verstoorde arbeidsverhouding weer in goede banen te krijgen'.⁶⁴⁵ Zelfs werd een ontbindingsverzoek van de werkneemster afgewezen bij een geschil over aanpassing van arbeidsduur, omdat het in de rede lag om het geschil aan de kantonrechter voor te leggen op grond van de WAA.⁶⁴⁶

Het komt echter vaker voor dat de kantonrechter meent dat de arbeidsverhouding zodanig is verstoord dat een ontbinding in de rede ligt. Alsdan rijst de vraag, of een vergoeding moet worden toegekend, en zo ja, hoe hoog. De verstoring van de arbeidsrelatie wegens de wens van de werknemer om gebruik te maken van ouderschapsverlof of aanpassing van de arbeidsduur wordt doorgaans in de risicosfeer van de werkgever gebracht en kan leiden tot vergoedingen met C-factoren boven de 1.⁶⁴⁷ Het weg-reorganiseren van de functie van een zwangere werkneemster zonder het aanbieden van alternatieve passende arbeid na terugkomst leidde eveneens tot een relatief hoge vergoeding.⁶⁴⁸ Ontbindingsverzoeken inzake verlofgangers die verband houden met een reorganisatie leiden echter ook wel tot 'neutrale' vergoedingen van C=1.⁶⁴⁹ Het wordt uiteraard anders als de werkneemster ter zake iets te verwijten valt. Een werkneemster die volgens de kantonrechter gehouden was om de door de werkgever voorgestelde aanpassingen van haar functie na terugkeer van het zwangerschapsverlof te aanvaarden, ontving geen ontbindingsvergoeding.⁶⁵⁰ Een werkneemster die na zwanger te zijn geworden niet meer de

644 Ktr. Amsterdam 30 augustus 1994, *JAR* 1994/222 (ontbindingsverzoek houdt verband met ouderschapsverlofwens, verzoek afgewezen); Ktr. Emmen 20 december 2002, *JAR* 2003/24 (ontbindingsverzoek zwangere werkneemster wegens reorganisatie afgewezen wegens reflexwerking 'tijdens'-verbod art. 670 lid 2 BW); Ktr. Zwolle 4 juni 2003, *JAR* 2003/160 (afwijzing ontbindingsverzoek, verband met ouderschapsverlofwens, strijd met anciënniteitsbeginsel); Ktr. Alphen a/d Rijn 24 juni 2003, *JAR* 2003/213 (ontbinding na toewijzing ouderschapsverlof inclusief gewenste spreiding uren, ontbinding afgewezen wegens strijd met opzegverbod); Ktr. Utrecht 3 november 2009, *JAR* 2010/117 (werkneemster wil tijdens verlof op 3 hele dagen werken, werkgeefster wil dat zij 5 halve dagen werkt, tewerkstelling toegewezen, ontbindingsverzoek wegens verstoorde verhouding afgewezen, geen zwaarwegend belang).

645 Ktr. Amsterdam 30 augustus 1994, *JAR* 1994/222.

646 Ktr. Amsterdam 30 januari 2008, *JAR* 2008/59.

647 Ktr. Groningen 12 december 1991, *Prg.* 1992, 3618, p. 137 (weigering ouderschapsverlof, ontbindingsvergoeding van fl. 150.000); Ktr. Alphen aan den Rijn 23 december 2003, *JAR* 2004/34 (vervolg van *JAR* 2003/111 en *JAR* 2003/213; ontbinding op verzoek werkneemster, C=2,5); Ktr. Rotterdam 19 september 2005, *JAR* 2005/239 (doordrukken van een beëindigingsovereenkomst met zwangere werkneemster met twee jaar dienstverband die tegen de zin van de werkgever na de bevalling in deeltijd wilde gaan werken, ontbindingsvergoeding zes maandsalarissen); Ktr. Amsterdam 18 december 2008, *JAR* 2009/43 (assistent-makelaar (v) wil een dag per week ouderschapsverlof, weigering werkgeefster met beroep op bedrijfsbeleid en bijzondere band met klanten, geen zwaarwegend belang, ontbinding met vergoeding € 29.000).

648 Ktr. Den Haag 30 juni 2006, *JAR* 2006/196 (reorganisatie tijdens zwangerschap, bij terugkomst geen passende arbeid aangeboden, ontbinding in risicosfeer werkgeefster, vergoeding C=1,5);

649 Ktr. Almelo 5 juni 1998, *Prg.* 1998, 5052 (ontbinding werkneemster wegens verstoorde verhoudingen na overgang van onderneming op grond van zwangerschap en deeltijdverzoek, vergoeding C=1); Ktr. Rotterdam 21 januari 1998, *JAR* 1998/50 (ontbindingsverzoek bij reorganisatie, zwangere werkneemster, anticipatie op vergewisplicht, C=1);

650 Ktr. Haarlem 15 februari 2002, *JAR* 2002/54 (wijziging in takenpakket en locatie na zwangerschapsverlof is redelijk; ontbinding zonder vergoeding tenzij het voorstel alsnog wordt aanvaard).

overeengekomen functie in de VS wilde verrichten, kreeg evenmin een vergoeding mee.⁶⁵¹

4.7 Conclusie hoofdstuk 4

In de negentiende eeuw verrichtte een deel van de vrouwen in Nederland betaalde arbeid uit noodzaak. Tijdens de eerste periode van industrialisering in Nederland greep de wetgever in met de Arbeidswet 1889 om de vrouw, en daarmee het gezin, te beschermen tegen excessieve arbeidstijden. Daarna werd de gehuwde vrouw lange tijd het werken ontmoedigd, ook als zij dat zelf wel wilde. In maatschappij en wetgeving werd het zogeheten kostwinnersmodel geïnstitutionaliseerd. Het kostwinnersmodel is in ieder geval tot halverwege terug te vinden in arbeidswetgeving: in de bescherming van de gehuwde vrouw in de Arbeidswet 1919, in de toepasselijkheid van ontslagbescherming, indirect in de behandeling van het huispersoneel, en in de loonvorming. Het kostwinnersmodel was nog duidelijker terug te vinden in het sociale zekerheidsrecht en in het belastingrecht.

Het kostwinnersmodel in de wetgeving kwam vanaf de jaren zestig onder druk te staan als gevolg van het beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen, dat via de Europese Gemeenschap in ons recht geïntroduceerd werd. Het kwam tevens onder druk te staan omdat men een tekort aan arbeidskrachten signaleerde, dat kon worden opgelost als vrouwen meer betaalde arbeid zouden verrichten. In de jaren nadien gingen steeds meer vrouwen betaalde arbeid verrichten, zij het in deeltijd. In de wetgeving werden sporen van het kostwinnersmodel grotendeels afgeschaft. In de jaren negentig was de bedoelde wetgeving al bijna verdwenen.

Er was in 1990 echter nog nauwelijks een oplossing voor het feit dat vrouwen naast de betaalde arbeid ook zorgtaken te verrichten hadden. Bijzondere rechten voor werknemers met zorgtaken waren schaars: buiten de bescherming van het biologische moederschap was alleen calamiteitenverlof en het opnemen van snipperdagen een mogelijke oplossing voor behoefte aan tijd voor zorgtaken. De bestaande arbeidsorganisaties waren mitsdien nog steeds ingericht op de gedachte, dat werknemers binnen de grenzen van overeengekomen of wettelijke arbeidstijden, volledig beschikbaar waren. Kinderopvang was nog nauwelijks aanwezig. Daarmee was het hebben van zorgtaken een goed voorbeeld van een privéprobleem, in de zin dat het voor eigen risico van de zorgende kwam. Werknemers met zorgtaken kozen er niet zelden voor om in plaats van in een voltijds baan voor onbepaalde tijd, in een flexibele arbeidsrelatie arbeid te verrichten. In die arbeidsrelaties droegen zij veel meer risico's zelf dan de werknemer met een voltijdsbaan. Met name het risico dat de werkgever geen werk meer voor hen had, werd door hen zelf gedragen.

In de jaren negentig heeft de wetgever zich dit probleem aangetrokken. Er voltrok zich een ontwikkeling in beleid met betrekking tot de betaalde arbeid van vrouwen

651 Ktr. Eindhoven 23 juli 2003, JAR 2003/202 (ontbindingsverzoek werkgever, geen vergoeding).

met zorgtaken. Van aanvang af had het beleid al een tweeledig doel: enerzijds wilde het vrouwen stimuleren om zich te ontplooien en zelfstandig te worden. Anderzijds werd een economische noodzaak gevoeld om actuele of toekomstige tekorten op de arbeidsmarkt aan te vullen. De nadruk kwam in de loop van de jaren negentig steeds meer op de tweede doelstelling te liggen.

De sinds 1991 genomen maatregelen waarmee de wetgever de werknemer met zorgtaken tegemoet kwam bestaan uit de uitbreiding van de duur van het zwangerschaps- en bevallingsverlof; de introductie en uitbreiding van het ouderschapsverlof; de introductie van adoptieverlof, betaald kraamverlof voor de partner van de bevallen vrouw, deels betaald kortdurend zorgverlof voor per jaar maximaal twee keer de overeengekomen arbeidsduur per week, langdurend zorgverlof bij levensbedreigende ziekte, een fiscale tegemoetkoming bij het sparen voor verlof (levensloopverlof), en het recht op aanpassing van de arbeidsduur. Ook kan hieronder gerekend worden de al in hoofdstuk 3 behandelde uitbreiding van de mogelijkheid om vakantiedagen te sparen en op te nemen op een door de werknemer gewenst tijdstip en de verplichting om arbeidstijdpatronen aan de persoonlijke omstandigheden van de werknemer aan te passen, voor zover dat redelijkerwijs gevegd kan worden.

De oplossing voor het probleem van de werknemer met zorgtaken werd, kort samengevat, gezocht in het bieden van mogelijkheden voor de werknemer om de arbeidstijden structureel, tijdelijk of incidenteel aan te passen aan de behoefte aan tijd voor zorgtaken, veelal zonder dat een compensatie voor het bijbehorende inkomensverlies werd geboden. Daarmee sloten deze maatregelen aan bij het inmiddels ontwikkelde zogeheten anderhalfverdienersmodel, een model waarbij de 'hele' kostwinner (meestal de man) voltijds werkt en de 'halve' kostwinner in deeltijd of in een flexibele arbeidsrelatie. Met deze oplossing wordt het potentieel aan arbeidskracht echter niet optimaal benut. Inmiddels wordt het feit dat Nederland een deeltijdeconomie heeft, dan ook als probleem ervaren. In dat kader is het verklaarbaar dat sinds 2007 een relatief ruimhartige subsidie voor kinderopvang werd geïntroduceerd.

De zorgtaken van de werknemer zijn mitsdien op dit moment niet meer alleen zijn of haar 'privérisico'. Nu de groep vrouwen met zorgtaken een groot deel van de beroepsbevolking uitmaakt, zal de werkgever zich in toenemende mate geconfronteerd zien met aanspraken van werknemers op verlof, aanpassing van arbeidsduur, en aanpassing van arbeidstijden aan hun persoonlijke situatie. Daarmee is begrijpelijk dat commentatoren dit als een ingrijpende nieuwe ontwikkeling in het arbeidsrecht hebben ervaren. De mate waarin deze ontwikkeling voor werkgever belastend was, kan echter worden gerelativeerd door de eveneens toegenomen mogelijkheden voor werkgevers om arbeidsrelaties flexibel in te richten.

De flexibele arbeidsrelaties zijn inmiddels iets van karakter veranderd. De in 1990 heersende rechtsonzekerheid is onder andere door de Wet Flexibiliteit en Zekerheid opgehelderd. Zo staat in ieder geval vast dat het om arbeidsovereenkomsten gaat. De

wet heeft echter ook meer flexibiliteit gebracht voor werkgevers. Werkgevers kunnen als gevolg van deze wet gemakkelijker gebruik maken van opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd. Het aandeel werknemers met contracten voor bepaalde tijd is toegenomen tot naar schatting een kwart van de beroepsbevolking. Deze werknemers kunnen minder gemakkelijk een beroep doen op het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht. Werknemers in uitzendrelaties genieten voorts nog steeds weinig bescherming tegen het risico dat de werkgever of inlener geen werk meer voor hen heeft.

In het Nederlandse model is gekozen voor flexibiliteit voor zowel werknemers met zorgtaken, als voor werkgevers. Die flexibiliteit zit niet alleen in het arbeidstijdenrecht, maar ook in de mogelijkheid arbeidsrelaties zo in te richten dat de rigide vormgeving van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan worden ontlopen. Voor veel werknemers die gebruik kunnen maken van het responsieve arbeidsrecht, bestaat hun eigen flexibiliteit bij de gratie van het inkomen van hun partner. Werkgevers die gebruik willen maken van externe flexibiliteit, hebben anderzijds baat bij een reservoir aan werknemers die bereid zijn flexibel te werken omdat ze niet afhankelijk zijn van het daarmee verdiende inkomen.

In de jurisprudentie over de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving zijn deze twee trends min of meer terug te vinden. Enerzijds passen rechters de wet loyaal toe als het gaat om dwingendrechtelijke regels. De aanwijzingen van de wetgever dat de persoonlijke belangen van werknemers met zorgtaken zwaar mogen wegen, worden doorgaans op juiste wijze toegepast. Als de wetgever geen dwingendrechtelijke aanwijzingen heeft gegeven, dan krijgt de behoefte van de werkgever aan flexibiliteit en vrijheid bij de inrichting van de onderneming de overhand. Dit is te zien aan de rechtspraak over de spreiding van arbeidsuren over de week bij aanpassing van de arbeidsduur. Het komt ook terug in spaarzame uitspraken over de noodzaak van kortdurend zorgverlof.

5

Arbeid en zorg en gelijke behandeling

5.1 Inleiding

Het onderwerp 'arbeid en zorg' wordt in wetgeving, jurisprudentie en literatuur vaak geplaatst in de context van het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. De vraag die daarom in dit hoofdstuk wordt opgeworpen, is wat dit recht op gelijke behandeling precies heeft opgeleverd voor (met name) vrouwen met zorgtaken. In de periode tot 1990 ging het daarbij uitsluitend om het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. Nadien is er nog een aantal andere grondslagen voor gelijke behandeling bijgekomen, waarvan met name relevant is het recht op gelijke behandeling op grond van arbeidsduur.

De vraag is met name of de werknemster met zorgtaken extra bescherming kon ontlenen aan deze rechten op gelijke behandeling, naast de bescherming die zij al had inzake onder andere verlofrechten, vakantie, aanpassing van de arbeidsduur en arbeidstijden, zoals beschreven in het vorige hoofdstuk. Leidde de introductie van het recht op gelijke behandeling tot bijzondere aanspraken van werknemers met zorgtaken op werkgevers? In hoeverre noopte de introductie van dit recht en uitleg daarvan in jurisprudentie tot aanpassing van de Nederlandse wet, ten gunste van werknemers met zorgtaken?

Net als in het vorige hoofdstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen de periode omstreeks 1990, en de periode daarna. Deze indeling is interessant, omdat de uitleg van het recht op gelijke behandeling omstreeks 1990 nog moest geschieden in een context waarin speciale rechten voor werknemers met zorgtaken in Nederland en ook op Europees niveau nog lang geen gemeengoed waren, afgezien van het recht op bescherming bij zwangerschap. In de periode nadien zijn dergelijke speciale rechten steeds gewoner geworden. De vraag is aldus, of en zo ja hoe, het recht op gelijke behandeling hierdoor evolueerde. Beoordeeld wordt welke gevolgen de introductie van het recht op gelijke behandeling had voor het Nederlandse recht, althans welke extra rechten de Nederlandse werknemer met zorgtaken kon ontlenen aan de gelijkebehandelingswetgeving en jurisprudentie. De bespreking van wetgeving heeft betrekking op Europese en Nederlandse wet- en regelgeving. De bespreking van jurisprudentie wordt vanwege de omvang van het materiaal hoofdzakelijk beperkt

tot de uitspraken van het Hof van Justitie EG. Zo nu en dan wordt aandacht besteed aan opmerkelijke uitspraken van nationale rechterlijke colleges en de CGB.

5.2 Arbeid en zorg en gelijke behandeling in 1990

5.2.1 Ontwikkeling van de wetgeving tot 1990

Een recht op gelijk loon voor arbeid van gelijke waarde werd in Nederland geïntroduceerd in 1975 middels de Wet gelijk loon voor mannen en vrouwen.¹ In het verlengde hiervan lag de introductie in het BW in 1976 van ontslagverboden wegens huwelijk en bevalling en gedurende de zwangerschap en enige tijd na de bevalling.² In 1980 werd het recht op gelijk loon uitgebreid met het recht op gelijke behandeling op het vlak van onder andere de aanbidding van een betrekking, het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht, in de arbeidsvoorwaarden, bij de bevordering en bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.³ Verboden was daarbij het maken van zowel 'onmiddellijk' als 'middellijk' onderscheid tussen mannen en vrouwen. In 1989 werden diverse gelijke behandelingswetten gerepareerd en samengevoegd.⁴ Vanaf toen werd gesproken van direct en indirect onderscheid. Volgens het beginsel van richtlijnconforme interpretatie dienden deze wetten uitgelegd te worden in overeenstemming met de uitleg van art. 119 van het EG-verdrag en de Gelijke behandelingsrichtlijnen.⁵

Welke gevolgen hadden deze regels nu voor de arbeidsvoorwaarden en de rechtspositie van werknemers met zorgtaken, nu dergelijke werknemers veelal vrouwen waren?

5.2.2 Directe discriminatie

De werkneemster kan ten eerste afwezig zijn op het werk of behoefte hebben aan bijzondere bescherming vanwege redenen die samenhangen met het biologische moederschap: zwangerschap, bevalling en herstel daarvan, en lactatie. In deze omstandigheden kreeg de werkneemster in het 'gewone recht' in 1990 zoals besproken in hoofdstuk 3 en 4 al sedert geruime tijd bijzondere bescherming. De

1 Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen, wet van 20 maart 1975, Stb. 1975, 129. In de Memorie van toelichting wordt ter motivering voor het wetsvoorstel onder andere verwezen naar art. 119 EG-verdrag en IAO-verdrag no. 100, dat geratificeerd is in 1971 (*Kamerstukken II 1973/74*, 13 031, nr. 3, p. 1). In *Kamerstukken II 1973/74*, 13 031, nr. 5 wordt gerefereerd aan de afstemming van het wetsvoorstel op de Europese Richtlijn die op dat moment in voorbereiding was.

2 Zie par. 4.2.2.

3 Art. 1637ij BW, ingevoerd bij wet van 1 maart 1980, Stb. 1980, 86 (Wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen); Wet Gelijke Behandeling van Mannen en vrouwen in de burgerlijke openbare dienst, Stb. 1980, 384. Vgl. Monster 1995, p. 41 en Wentholt 1990b, p. 33.

4 Bij Reparatiwet Gelijke behandeling, wet van 27 april 1989, Stb. 1989, 168 werden de Wet Gelijk Loon, de Wet Gelijke Behandeling, en de Wet Gelijke Behandeling van Mannen en vrouwen in de burgerlijke openbare dienst, geïntegreerd in één wet, genaamd de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB).

5 Asscher en Wentholt 1994, par. 2.2.3.

gelijkebehandelingsregels vormden een aanvulling op deze bescherming. Onderscheid op deze gronden werd in de relevante regels aangemerkt als direct onderscheid.⁶ Volgens de uitleg van het Hof van Justitie was directe discriminatie steeds verboden, behoudens de in de Richtlijn opgenomen uitzonderingen.⁷

De aanvullende werking gold in ieder geval voor ontslagbescherming. Het duidelijkst bleek dit uit de al vermelde introductie in het BW in 1976 van ontslagverboden wegens huwelijk en bevalling en gedurende de zwangerschap en enige tijd na de bevalling.⁸ De richtlijnen voor de toepassing van het BBA waren aangepast aan deze ontslagverboden, in de zin dat geen toestemming voor ontslag kon worden verleend bij ontslag tijdens de in art. 1639h lid 4 BW verboden periode en voor ontslag wegens huwelijk en wegens bevalling.⁹ Het was voorts verboden onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst (art. 1637ij lid 1 BW en art. 1 WGB). Daaronder viel dus ook een beëindiging van de overeenkomst wegens zwangerschap, bevalling en moederschap.¹⁰ Een discriminatoire opzegging was verboden, maar in 1990 naar nationaal recht nog niet vernietigbaar.¹¹ De sanctie kon gevonden worden in algemene regels zoals de kennelijke onredelijkheid van het ontslag of een onrechtmatige daad. Wel was vernietigbaar het zogeheten victimisatie-ontslag, de opzegging wegens een beroep op de gelijke behandelingsregels.¹²

De bescherming tegen beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens bijvoorbeeld zwangerschap was overigens niet waterdicht. Zo was men verdeeld over de vraag, of de discriminatoire opzegging ook verboden was tijdens de proeftijd.¹³

6 Volgens de gelijke behandelingswetgeving werd onder direct onderscheid begrepen onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap (art. 1637ij lid 1 en lid 5 BW en art. 1 WGB). Moederschap wordt (in het kader van de uitzonderingen op het verbod van onderscheid op grond van de bescherming van de vrouw) beperkt uitgelegd als de bescherming van de biologische gesteldheid van de moeder en van de bijzondere relatie die bestaat tussen een moeder en een kind. Vgl. Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 61. Lactatie zal hier ook onder vallen.

7 Er is discussie over de vraag in hoeverre uitzonderingen op het verbod van directe discriminatie toch objectief gerechtvaardigd kunnen zijn. Vgl. Burri 2000, p. 297-298.

8 Stb. 1976, 295.

9 Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 67 noot 12, verwijzen naar de Circulaire van de plaatsvervangend directeur-generaal voor de Arbeidsvoorziening van 29 juli 1976, Jura nr. 180304, zoals gewijzigd bij de Circulaire van 29 september 1976, Jura nr. 177930, inhoudende voorlopige richtlijnen inzake de Wet van 6 mei 1976 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met een ontslagverbod bij huwelijk, zwangerschap en bevalling.

10 Art. 1637ij lid 5 BW; zie Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 71. Dit ter aanvulling op de 'tijdens' verboden in art. 1639h BW. Een beperkter 'wegens' verbod stond zoals vermeld ook in art. 1639h BW, namelijk wegens huwelijk of bevalling. Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 64.

11 Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 20. De vernietigingsgrond was vanaf toen opgenomen in art. 8 AWGB.

12 Een dergelijk ontslag was vernietigbaar binnen twee maanden na het ontslag, zie art. 1637ij lid 4 BW. Na de hernummering bij de Reparatiewet Gelijke behandeling, wet van 27 april 1989, Stb. 1989, 168 op grond van art. 1637ij lid 6 BW.

13 Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 81; p. 84-87. De regering had zich tijdens de behandeling van de Reparatiewet op het standpunt gesteld dat het discriminatieverbod ook gold tijdens de proeftijd, *Kamerstukken II* 1988/89, 19 908, nr. 6, p. 34. Vgl. Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 157.

Voorts gingen kantonrechters nogal eens over tot ontbinding van de overeenkomst wegens zwangerschap, hetgeen leidde tot kritiek van het Comité van Experts van de IAO.¹⁴ Op grond van het *Hertz*-arrest van het Hof van Justitie kon bovendien worden geconcludeerd, dat een opzegging wegens door zwangerschap en bevalling veroorzaakte afwezigheid alleen discriminatoir was in de periode dat de werkneemster speciale rechten genoot, dat wil zeggen tijdens het recht op verlof. Ontslag wegens afwezigheid door een door de zwangerschap of bevalling veroorzaakte ziekte, na afloop van het zwangerschap- of bevallingsverlof, was volgens het Hof niet discriminatoir.¹⁵ In Nederland betekende dat, dat indien een werkneemster na haar bevallingsverlof afwezig was wegens een met haar bevalling samenhangende ziekte, zij ontslagen kon worden volgens de gewone regels voor zieke werknemers.¹⁶

De aanvullende werking van het gelijke behandelingsrecht ten opzichte van de gewone rechtsregels betrof ook de aanstelling. Voor de werking van het verbod op het maken van onderscheid bij aanstelling van een werkneemster wegens zwangerschap was niet nodig, dat een vergelijking gemaakt kon worden met een mannelijke werknemer.¹⁷ Het verbod van directe discriminatie bij aanstelling gold niet alleen voor onderscheid vanwege de zwangerschap of het moederschap zelf, maar ook vanwege nadelige gevolgen van die afwezigheid.¹⁸ Opvallend is het verschil in reikwijdte van het verbod van directe discriminatie bij aanstelling en bij ontslag. Volgens de gelijktijdig gewezen arresten *Dekker* en *Hertz*, was afwijzing van een zwangere sollicitante wegens de nadelen van afwezigheid wegens zwangerschap immers niet mogelijk, terwijl ontslag wegens de nadelen van afwezigheid wegens bevalling wel mogelijk was, behoudens de bescherming tijdens de officiële verlofperiode. Dit verschil werd door het Hof niet nader toegelicht.¹⁹

Onder andere uit dit niet nader toegelichte onderscheid tussen aanstelling en ontslag blijkt reeds dat nog niet alle gevolgen van het verbod van direct onderscheid op grond van (de afwezigheid wegens) zwangerschap of moederschap duidelijk waren geworden omstreeks 1990. Naast onduidelijkheid rondom ontslag kon men zich afvragen wat de reikwijdte was van het verbod van directe discriminatie als het ging om loon. Kon de zwangere werkneemster bijvoorbeeld aanspraak maken op (bestanddelen van) primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden tijdens haar afwezigheid, bijvoorbeeld voor zover die bestanddelen niet in de ZW-uitkering werden

14 Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 76-78; zie voor rechtspraak bv. Ktg. Apeldoorn 29 september 1982, *NJ* 1983, 228; Ktr. Alphen aan den Rijn 2 november 1976, *Prg.* 1977, 97.

15 HvJ EG 8 november 1990, C-179/88, *NJ* 1993, 162 (*Hertz*), punt 15: De richtlijn geldt niet voor gevallen waarin een ziekte haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling. Zij verzet zich evenwel niet tegen nationale bepalingen die vrouwen specifieke rechten op grond van zwangerschap of bevalling toekennen, zoals zwangerschapsverlof. Hieruit volgt, dat de vrouw gedurende het zwangerschapsverlof waarvoor zij naar nationaal recht in aanmerking komt, beschermd is tegen ontslag wegens afwezigheid (maar, zo volgt daarna, niet voor afwezigheid wegens ziekte na die periode).

16 Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 154-155.

17 Zie HvJ EG 8 november 1990, C-177/88, *NJ* 1992, 224 (*Dekker*, weigering indienstneming wegens financieel nadeel bij zwangerschap en bevallingsverlof direct discriminerend).

18 Zie HvJ EG 8 november 1990, C-177/88, *NJ* 1992, 224 (*Dekker*).

19 Zie voor een kritische bespreking, Fredman 1992, p. 122.

meegerekend of niet afhankelijk waren van gewerkte uren? En in hoeverre konden periodes van zwangerschaps- en bevallingsverlof buiten beschouwing blijven bij bevordering gerelateerd aan prestaties of arbeidsduur? Hoe ver reikte de ontslagbescherming bij afwezigheid wegens zwangerschap voorafgaande aan het verlof? Hier was nog geen antwoord op.

5.2.3 Indirecte discriminatie

Die onduidelijkheid was nog sterker aanwezig bij de zogeheten indirecte discriminatie. Van indirecte discriminatie was volgens het Hof sprake als een ogenschijnlijk (sexe) neutrale maatregel in feite uitsluitend of in overwegende mate werknemers van een van beide geslachten betreft en dit verschil in behandeling niet kan worden verklaard door objectief gerechtvaardigde factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht.²⁰ Een belangrijk verschil tussen directe en indirecte discriminatie in de uitleg van het Hof, is dat bij directe discriminatie rechtvaardigingsgronden niet zijn toegestaan en bij indirecte discriminatie wel.²¹ Deze lijn is vanaf 1989 overgenomen in de WGB.²² Krachtens art. 1 WGB werd onder indirecte discriminatie verstaan onderscheid op grond van andere hoedanigheden dan het geslacht, bijvoorbeeld echtelijke staat of gezinsomstandigheden, dat onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft. Art. 6 lid 1 WGB bepaalde dat het in die wet neergelegde onderscheid niet geldt ten aanzien van indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is.

Hier is vooral relevant de vraag, in hoeverre dit bescherming gaf voor de werknemer met zorgtaken. Een werknemer of werknemster kan uiteraard zorgtaken op zich nemen of hebben die fysiek gezien niet samenhangen met het biologische moederschap, zoals het zorgen voor al dan niet zieke kinderen of andere zorgafhankelijken zoals ouders of echtgenoten. Meestal waren (en zijn) dit werknemers. Eventueel onderscheid op die grond was vanwege het ontbreken van een automatische band met het geslacht, niet direct maar indirect. Indirect onderscheid kon, zoals al blijkt uit de hiervoor aangehaalde definities, objectief gerechtvaardigd zijn. De vraag was dus, welk onderscheid in verband kon worden gebracht met zorgtaken, vervolgens of dat onderscheid indirect onderscheid op grond van geslacht met zich meebracht, en ten slotte of het onderscheid gerechtvaardigd was.

De gelijke behandelingsregels konden in ieder geval van dienst zijn bij indirect onderscheid op grond van echtelijke staat of gezinsomstandigheden. Het enkele feit dat iemand al of niet gehuwd was of al dan niet kinderen te verzorgen had, kan namelijk geen grondslag vormen voor onderscheid. Krachtens art. 1 WGB werd onder indirecte discriminatie immers verstaan onderscheid op grond van bijvoorbeeld echtelijke staat of gezinsomstandigheden. Blijkens art. 6 lid 1 WGB moet voor dergelijk onderscheid een nadere objectieve rechtvaardiging worden aangedragen.

20 HvJ EG 31 maart 1981, C-96/80 (*Jenkins-Kingsgate*).

21 Dit uitgangspunt komt niet voor in de uitleg van andere internationale anti-discriminatiebepalingen zoals art. 26 IVBPR. Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 25.

22 Vgl. Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 43. Zie *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 4.

Dat betekent impliciet dat ze niet op zichzelf voldoende gerechtvaardigd waren. Aldus konden vooroordelen over vrouwen die samenhangen met toekomstige beperkte beschikbaarheid wegens zorgtaken, worden bestreden voor zover die vooroordelen openlijk werden geuit als reden voor het benadelen van een vrouw.²³

Maar wat als zij daadwerkelijk minder beschikbaar was? Kon het een vorm van ongerechtvaardigde discriminatie zijn om een werkneemster te benadelen wegens verminderde beschikbaarheid, die veroorzaakt werd door zorgtaken? Een antwoord daarop is naar de stand van zaken van het gelijke behandelingsrecht in 1990 niet eenvoudig te geven. Er was namelijk nog veel onduidelijk als het ging om het verbod van indirecte discriminatie. Zo moest de werknemer voor een geslaagd beroep daarop, bewijzen dat het onderscheid op grond van verminderde beschikbaarheid onderscheid op grond van geslacht tot gevolg zou hebben. Niet zeker was, hoe dat onderscheid precies vastgesteld kon worden. De CGB en het Hof van Justitie hadden in ieder geval gekozen voor een referentiekader binnen het bedrijf van de werkgever zelf, als het ging om het recht op loon.²⁴ Maar welke groepen mannen en vrouwen moesten binnen dat bedrijf precies vergeleken worden? Moest het gaan om een absoluut of een relatief verschil? Daar was nog geen duidelijkheid over.²⁵

Ten slotte moest worden beoordeeld, of het onderscheid objectief gerechtvaardigd kon worden. Het Hof van Justitie had daaromtrent bepaald, dat getoetst moest worden of het onderscheid werd gemaakt om een legitiem doel te dienen dat geen verband houdt met seksediscriminatie. Daartoe moeten middelen zijn gekozen die geschikt en noodzakelijk zijn om dit doel te bereiken, terwijl dit doel niet te bereiken is op andere wijze waarbij geen onderscheid naar geslacht zou worden gemaakt.²⁶ Volgens het *Bilka*-arrest volstond als legitiem doel een 'werkelijke behoefte van de onderneming'.²⁷ Verder was nog relatief weinig invulling gegeven aan de rechtvaardiging van indirecte discriminatie.²⁸

Hoe de rechtvaardigingstoets uit zou pakken voor bijvoorbeeld de weigering iemand te bevorderen, of de beslissing iemand te ontslaan of het niet aangaan of voortzetten

23 Jurisprudentie waarin dit met zoveel woorden wordt bevestigd is mij niet bekend.

24 Burri 2000, p. 277; Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 73, p. 122; p. 134. Voor wat betreft het recht op gelijk loon stond dit met zoveel woorden in de WGB (art 7 lid 1 WGB). Ook het Hof van Justitie EG hanteerde de onderneming als referentiekader waar het ging om het recht op gelijk loon. Vgl. HvJ EG 27 maart 1980, C-129/79 (*Macarthy's*). In de literatuur werd wel een ruimer referentiekader aangenomen of bepleit. Zie Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 134.

25 Zie Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 72-76. Ging het om een vergelijking van getroffen mannen ten opzichte van getroffen vrouwen in het bedrijf? Of om een vergelijking van het aantal getroffen mannen resp. vrouwen ten opzichte van het aantal niet-getroffen mannen resp. vrouwen in het hele bedrijf? Uit rechtspraak van het Hof van Justitie, de Hoge Raad en de CGB kon niet eenduidig worden afgeleid of nadeel relatief of absoluut moest worden aangetoond.

26 Deze criteria zijn o.a. terug te vinden in HvJ EG 31 maart 1981, C-96/8, Jur. 1981, p. 911, *NJ* 1982, 419 (*Jenkins*); HvJ EG 13 mei 1986, C-170/84, Jur. 1986, p. 1607 (*Bilka*); HvJ EG 13 juli 1989, C-171/88, Jur. 1989, p. 2743 (*Rinner*).

27 HvJ EG 13 mei 1986, C 170/84, Jur. 1986, p. 1607 (*Bilka*). Barnard merkt dit arrest aan als het eerste waarin de mogelijkheid van objectieve rechtvaardiging van indirecte discriminatie werd erkend. Barnard 2005, p. 362.

28 Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 76.

van een arbeidsrelatie wegens verminderde beschikbaarheid door zorgtaken, was derhalve nog niet gebleken. Konden de gelijke behandelingsregels van dienst zijn bij een ontslag wegens veelvuldig verzuim, al dan niet door het opnemen van ziekteverlof, calamiteitenverlof of vakantiedagen? Of ontslag wegens het weigeren van overwerk? Het eerder aangehaalde *Hertz*-arrest suggereerde dat dergelijke ontslagen beoordeeld mochten worden als een 'gewoon' ontslag, nu bij dergelijk onderscheid nog veel minder dan bij langdurige ziekte wegens bevalling een verband aanwezig was met bescherming van het biologische moederschap.²⁹ Aanknopingspunten voor een antwoord op deze vragen konden daarnaast wellicht ook toen al gevonden worden in jurisprudentie over het recht op gelijk loon van deeltijders en de rol van anciënniteit. Deze jurisprudentie wordt behandeld in de volgende paragraaf.

5.2.4 Gelijke behandeling van deeltijders

Zoals gebleken in hoofdstuk 4, werd omstreeks 1990 nog vaak een onderscheid gemaakt op grond van arbeidsduur in cao's of in de praktijk. Zelfs in de wet werd dat onderscheid soms gemaakt. Deze situatie kon nadelig uitpakken voor werknemers met zorgtaken, omdat die immers vaak hun toevlucht zochten tot deeltijdarbeid of flexibele arbeid. Met een beroep op het verbod van indirect onderscheid op grond van geslacht kon soms tegen de ongelijke behandeling van deeltijders bij overeenkomst, wet of praktijk geageerd worden.

Voor een succesvol beroep op het recht op gelijke behandeling, moest wel eerst worden aangetoond, dat door de benadeling van deeltijders door een bepaalde werkgever, vrouwen in de betreffende onderneming werden benadeeld.³⁰ De vraag of een bepaalde regel verboden was, kon dus afhangen van het aandeel vrouwelijke deeltijders en voltijders ten opzichte van het aandeel mannelijke deeltijders en voltijders in een onderneming. In de praktijk betekende dat, dat de rechten van deeltijders er per bedrijf anders uit konden zien (ook al ging het bijvoorbeeld om dezelfde bepaling in een cao). Die onzekerheid was uiteraard in het nadeel van de deeltijders.

Was die horde eenmaal genomen, dan bracht het recht op gelijke behandeling naar de stand van zaken in 1990 onbetwistbaar gunstige gevolgen mee voor het recht op loon. Een groot deel van de zaken die tot dan toe aan het Hof voorgelegd waren in het kader van het recht op gelijke behandeling, betrof het recht op gelijk loon, en dan

29 Zie HvJ EG 8 november 1990, C-179/88, *NJ* 1993, 162 (*Hertz*). Vgl. ook het standpunt van de regering bij de ratificatie van het IAO-Verdrag no. 156 inzake de werknemer met gezinsverantwoordelijkheden. De regering meende dat een ontslag wegens onbevredigende arbeidsprestaties, ook als dit veroorzaakt zou zijn door gezinsomstandigheden, niet in strijd was met gelijke behandelingsregels (*Kamerstukken II* 1983/84, 18 288 (R1249), nr. 7, p. 7).

30 Burri 2000, p. 277; Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 73, p. 122; p. 134. Het Hof van Justitie EG hanteerde de onderneming als referentiekader. Zie HvJ EG 27 maart 1980, C-129/79. Voor wat betreft het recht op gelijk loon stond dit met zoveel woorden in de WGB (art. 7 lid 1 WGB). In 1989 was vervallen de bepaling dat bij ontbreken van een mannelijke maatman kon worden uitgegaan van het loon van een mannelijke maatman in een zoveel mogelijk gelijksoortige onderneming in dezelfde bedrijfstak. Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 135.

vooral de reikwijdte van dat begrip.³¹ Het Hof van Justitie hanteerde een ruime uitleg van het begrip loon.³² Relatief veel van de jurisprudentie over loon betrof verschillen in beloning of arbeidsvoorwaarden voor deeltijders. Zoals ook al bleek uit par. 4.3.4, werden deeltijders in de praktijk niet zelden uitgesloten van cao's, waardoor een lagere beloning mogelijk werd. Nog vaker werden ze uitgesloten van allerlei vormen van secundaire arbeidsvoorwaarden in cao's. In het Nederlandse gelijke behandelingsrecht moesten deeltijders echter naar rato van het aantal gewerkte uren beloond worden.³³ Ook volgens het Hof van Justitie was sprake van strijd met art. 119 EG-verdrag (thans art. 157 VWEU) indien een regeling tot gevolg heeft dat de totale beloning van een voltijder bij een gelijk aantal arbeidsuren hoger is dan die van deeltijders.³⁴ Met deze benadering werd dus (impliciet) het argument van werkgevers, dat deeltijders minder loon kregen omdat ze duurder waren, terzijde geschoven. Mogelijke extra kosten zoals extra overhead, extra overdrachtmomenten en minder rendement van investering in opleiding, moesten werkgevers derhalve dragen ten gunste van het recht op gelijke behandeling.

Ook andere argumenten om deeltijders minder gunstig te behandelen, zoals dat ze minder afhankelijk waren van het inkomen, dat ze minder loyaal zouden zijn, of dat ze een minder sterke band met de onderneming hadden, werden onvoldoende bevonden om een verschil in behandeling te rechtvaardigen. In het *Rinner*-arrest was bijvoorbeeld uitgemaakt dat het argument, dat (kleine) deeltijders onvoldoende in de onderneming geïntegreerd waren, geen objectieve rechtvaardiging vormde voor het uitsluiten van dergelijke werknemers van het recht op loon bij ziekte.³⁵ De CGB nam geen genoegen met een argumentatie gekoppeld aan een veronderstelde lagere behoefte aan inkomen van deeltijders voor de uitsluiting van een vakantietoeslag.³⁶

De 'pro rata' benadering viel echter niet altijd in het voordeel van de werknemer uit. Dat was met name niet het geval voor zover beloningssystemen gebaseerd waren op anciënniteit. Bij dergelijke beloningsregels werd de hoogte van het loon van een werknemer met zorgtaken immers mogelijk negatief beïnvloed door de met die zorgtaken verbonden afwezigheid of verminderde beschikbaarheid. Volgens het *Danfoss*-arrest uit 1989 moesten beloningscriteria van belang zijn voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden. Dit gold echter niet voor het criterium anciënniteit. Dit mocht de werkgever zonder meer belonen.³⁷

31 Burri 2000, p. 265-274. Ook de eerste zaak waarin de ongelijke behandeling van deeltijders aan de orde was betrof het recht op gelijk loon (HvJ EG 31 maart 1981, C-96/80 (*Jenkins*)).

32 Zie voor een overzicht Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 136-138. Daaronder vielen bijvoorbeeld reisfaciliteiten voor voormalige werknemers en een recht op automatische overgang naar een hogere salarisgroep, toeslagen op het basisloon, ontslagvergoedingen, aanvullende pensioenregelingen, werkgeversuitkering tijdens ziekte, en vergoedingen voor tijd besteed aan opleiding.

33 Art. 9 lid 3 WGB. Voor wat betreft kostenvergoedingen kon het naar rato vergoeden van reiskosten volgens Asscher-Vonk en Wentholt desalniettemin ongerechtvaardigd onderscheid opleveren (Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 123).

34 HvJ EG 13 mei 1986, C-170/84 (*Bilka*).

35 HvJ EG 13 juli 1989, C-171/88 (*Rinner-Kühn*).

36 CGB 446-91-79, oordelenbundel 1991, p. 325; Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 119.

37 HvJ EG 17 oktober 1989, C 109/88, RSV 1991, 92 (*Danfoss*).

In het *Nimz*-arrest uit 1991 werd deze regel enigszins bijgesteld. Het verschillend meetellen van anciënniteit van voltijders en deeltijders bij het overgaan naar een hogere salarisgroep moest volgens het Hof wel aantoonbaar verband houden met de relatie tussen de aard van de uitgeoefende functie en de ervaring die na een bepaald aantal arbeidsuren in deze functie was verworven.³⁸ De werkgever kon dus in een individueel geval gevraagd worden te bewijzen, dat hogere beloning vanwege een hogere anciënniteit gerechtvaardigd kon worden doordat meer ervaring van belang was voor de uitgeoefende functie. Was dat het geval, dan konden deeltijders mitsdien lager beloond worden, ook als ze fysiek gezien hetzelfde werk verrichten. Het Hof hield hier ten nadele van deeltijders vast aan het pro rata beginsel, in die zin dat elk gewerkt uur evenveel meetelt als het gaat om het belonen van ervaring.

Al met al kon de koers van het Hof van Justitie op dit punt zo worden samengevat dat de rechtvaardiging van indirect onderscheid in de waardering of behandeling van werknemers van verschillende kunne tot op zekere hoogte kon worden gevonden in verschillen in de economische waarde van de arbeidsprestatie.³⁹ Generaliserende aannames over de geringere waarde van bijvoorbeeld deeltijdarbeid werden evenwel niet geaccepteerd. Van de onderscheid makende partij werd doorgaans verwacht de economische rationaliteit van zijn beloningscriteria te onderbouwen. Deze regel werkte enerzijds nadelig voor de beloning van werknemers met verminderde beschikbaarheid wegens zorgtaken, omdat die nu eenmaal minder uren werkten of gedurende periodes helemaal niet beschikbaar waren. Beschikbaarheid heeft economische waarde en minder beschikbaarheid heeft verminderde economische waarde. Anderzijds kon deze regel ook gunstig werken omdat andere, minder 'rationele' redenen verbonden aan het belonen van ruime beschikbaarheid, zoals de daaraan vaak verbonden waarde van loyaliteit of betrokkenheid bij de onderneming, niet gerechtvaardigd waren. Bovendien mochten eventuele hogere kosten verbonden aan deeltijdarbeid niet vertaald worden in een lager loon.

5.2.5 Positieve maatregelen

In de literatuur werd omstreeks 1990 wel betoogd, dat het verbod van onderscheid op grond van geslacht ook een gebod mee zou kunnen brengen om de combinatie van arbeid en zorg voor vrouwen te faciliteren.⁴⁰ Dit gebod zou zich kunnen richten tot de overheid, en zelfs tot werkgevers.⁴¹ Steun voor dit standpunt kon worden ontleend aan verdragen en aanbevelingen waarin het recht op gelijke behandeling

38 HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89, RSV 1993/4 (*Nimz*). Het Hof van Justitie behandelde deze kwestie overigens in het kader van de vraag of dergelijke indirecte discriminatie objectief gerechtvaardigd was. Volgens het Nederlandse recht (art. 9 WGB) moest die vraag op een iets andere manier getoetst worden, namelijk volgens de vraag of het loon volgens gelijke of gelijkwaardige maatstaven werd bepaald. Niet helemaal duidelijk was of en hoe daarbij de vraag naar objectieve rechtvaardiging van die maatstaven een rol moest spelen. Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 144.

39 Vgl. o.a. Fredman 1992. Zie voor meer discussie hierover par. 13.5.

40 Wentholt 1987, p. 409.

41 Zo meende Wentholt dat dit gebod een recht op deeltijdarbeid kon meebrengen, gebaseerd op het goed werkgeverschap. Wentholt 1990b, p. 136.

tussen mannen en vrouwen in één adem werd gecombineerd met aanbevelingen van maatregelen om arbeid en zorg te faciliteren, zoals ouderschapsverlof en zorgverlof.⁴² Hoewel de Nederlandse wetgever in 1990 wel reeds geruime tijd overwoog om op dat vlak maatregelen in te voeren (zie par. 4.2.2), zag de wetgever dergelijke 'positieve' maatregelen als een beleidsoptie en niet als een verplichting.⁴³ Ook door het Hof van Justitie werden positieve maatregelen in verband met het biologische moederschap opgevat als voorkeursbehandeling of speciale bescherming van de vrouw, dat wil zeggen als restrictief uit te leggen uitzonderingen op het gelijke behandelingsgebod, en niet als uitvloeisel daarvan.⁴⁴ Desondanks heeft het Hof van Justitie toch niet steeds aanleiding gezien om in voorkomende gevallen mannelijke werknemers met zorgtaken recht te geven op dezelfde speciale rechten als vrouwelijke werknemers met zorgtaken.⁴⁵ In het *Hofmann*-arrest klaagde een vader dat hij geen recht had op een ouderschapsverlofvergoeding. Volgens het Hof werd met Richtlijn 1976/207/EEG echter niet beoogd vragen van gezinsstructuur te regelen noch wijziging te brengen in de taakverdeling tussen echtelieden.⁴⁶ Ook uit het *Bilka*-arrest blijkt dat het Hof niet van mening was dat het gelijkheidsbeginsel de verplichting meebracht om de combinatie van arbeid en zorg te faciliteren, ook niet voor vrouwen. Volgens het Hof is een werkgever niet verplicht een bedrijfspensioenregeling zodanig in te richten dat rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat vrouwelijke werknemers door de op hen rustende gezinslasten niet aan de voorwaarden voor een dergelijk pensioen kunnen voldoen.⁴⁷ Een dergelijke aanspraak valt buiten de werkingssfeer van art. 119 EG-verdrag, aldus het Hof. In de literatuur heeft dit geleid tot de kritiek dat het Hof met zijn toepassing van het gelijkheidsbeginsel, de scheiding tussen openbaar en privé, tussen markt en gezin, en tussen de economische en zogenaamde niet-economische activiteiten reproduceerde.⁴⁸

5.2.6 Conclusie

Onduidelijkheid is het meest opvallende kenmerk van het gelijke behandelingsrecht in 1990. Bij directe discriminatie waren veel elementen van de bescherming van de zwangere of pas bevallen vrouw nog onduidelijk. Bij indirecte discriminatie was aan het toetsingskader als geheel nog maar weinig invulling gegeven. Toch had het recht op gelijke behandeling de werknemer met zorgtaken al iets opgeleverd. Voor de werknemer met zorgtaken waren vooral van waarde de toevoeging van bescherming

42 Wentholt 1987, p. 410 wees op Verdrag 156 (en Aanbeveling 165) van de IAO.

43 Zie Wentholt 1987, p. 415: de regering zag de meerwaarde van Verdrag 156 slechts in het gebod werknemers met gezinsverantwoordelijkheid gelijk te behandelen, ongeacht sekse, en niet in de verplichting om de positie van werknemers met gezinsverantwoordelijkheid te vergemakkelijken. *Kamerstukken II* 1983/84, 18 288 (R1249), nr. 1, p. 4.

44 Bv. HvJ EG 8 november 1990, C-179/88, *NJ* 1993, 162 (*Hertz*) r.o. 15. Zie Asscher en Wentholt 1994, p. 65.

45 Bv. HvJ EG 26 oktober 1983, C-163/82 (*Commissie vs. Italie*, adoptieverlof alleen voor vrouwen niet discriminatoir). Anders: HvJ EG 25 oktober 1988, C-312/86 (*Commissie vs. Frankrijk*, vormen van zorgverlof en kinderopvangtoeslag alleen voor moeders wel discriminatoir).

46 HvJ EG 12 juli 1984, C-184/83 (*Hoffmann*), punt 24.

47 HvJ EG 13 mei 1986, C-170/84 (*Bilka*).

48 Burri 2000, p. 350 met verwijzing naar literatuur uit 1994 en 1996.

tegen afwijzing en ontslag op grond van zwangerschap, waarbij de ontslagbescherming door de Nederlandse wetgever al grotendeels was geregeld in 1976. Voorts was een gewichtige toevoeging het recht op 'pro rata' loon bij deeltijdarbeid. Anderzijds was al gebleken dat het pro rata beginsel soms ook de nadelige positie van werknemers met zorgtaken bestendigde, doordat de factor beschikbaarheid volgens het Hof een gerechtvaardigd uitgangspunt was voor een beloningssysteem. Ten slotte was het Hof niet bereid gebleken om de werknemer of werkneemster met zorgtaken recht te geven op bijzondere bescherming, behoudens de periode van zwangerschap en recente bevalling.

5.3 Arbeid en zorg en gelijke behandeling naar huidig recht

5.3.1 Ontwikkeling van de wetgeving na 1990

In de twintig jaar na 1990 heeft het gelijke behandelingsrecht een expansie doorgemaakt. Het opvallendste kenmerk van die expansie is dat de beschermde gronden zich hebben uitgebreid, zowel in nationaal recht als in Europees recht. Op 1 september 1994 is in werking getreden de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).⁴⁹ Deze wet verbiedt discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. In Europees verband breidde Richtlijn 2000/78/EG⁵⁰ de bescherming tegen discriminatie uit tot de gronden godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. Nadien zijn de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd aangenomen.⁵¹ Hierna komt voornamelijk de bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht aan de orde, omdat zich hierbij een bijzonder verband met zorgtaken voordoet. Relevant in dat verband is wel het in 1996 ingevoerde art. 1637ja BW (thans art. 7:648 BW), waarin is opgenomen een verbod om onderscheid te maken op grond van een verschil in arbeidsduur.⁵² In 2002 werd voorts art. 7:649 BW ingevoerd, waarin discriminatie op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst wordt verboden, behoudens een objectieve rechtvaardigingsgrond.⁵³ Deze artikelen komen aan de orde in par. 5.3.4.

Het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen bij de arbeid maakte ook een ontwikkeling door. In Europees verband is vermeldenswaardig het feit dat bij het Verdrag van Amsterdam op een prominente plaats in het EG-verdrag de doelstelling is opgenomen om gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen

⁴⁹ Wet van 2 maart 1994, Stb. 1994, 230.

⁵⁰ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000, PbEG 2000, L 303/16, tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Zie daarnaast nog de Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000, PbEG 2000, L 180/22, houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming.

⁵¹ Wet van 3 april 2003, Stb. 2003, 206, respectievelijk wet van 17 december 2003, Stb. 2004, 30.

⁵² Wet van 3 juli 1996, Stb. 1996, 391.

⁵³ Wet van 7 november 2002 tot uitvoering van de Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

(art. 3 lid 2 EG-verdrag, thans art. 8 VWEU). Toegevoegd is de Richtlijn 1997/80/EG inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht.⁵⁴ Richtlijn 1976/207/EEG is in 2002 gewijzigd.⁵⁵ De wijziging betrof onder andere de introductie van bescherming tegen seksuele intimidatie en van een definitie van indirecte discriminatie, en een opdracht aan de Lidstaten om gelijke behandeling ook beleidsmatig actief te bevorderen ('gender mainstreaming'). Deze en andere richtlijnen inzake gelijke behandeling op grond van geslacht zijn uiteindelijk geconsolideerd in Richtlijn 2006/54/EG (de Herschikkingsrichtlijn).⁵⁶

Ten slotte is ook in dit hoofdstuk van belang het al eerder besproken feit dat in de jaren negentig rechten op verlof in verband met de combinatie van arbeid en zorg werden opgenomen in richtlijnen. In de considerans van de Zwangerschapsrichtlijn 1992/85/EEG wordt verwezen naar het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Ook in de Ouderschapsverlofrichtlijn 1996/34/EG wordt verwezen naar het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Andersom wordt in de Herschikkingsrichtlijn 2006/54/EG melding gemaakt van de doelstelling om 'flexibele arbeidsregelingen te bevorderen met als doel het vergemakkelijken van het combineren van werk en privéleven' (art. 21.2). Aangezien het recht op verlof al eerder aan de orde is geweest, wordt dit onderwerp in deze paragraaf alleen behandeld voor zover het te maken heeft met het recht op gelijke behandeling.

In het Nederlandse recht was er een aantal aanpassingen aan de richtlijnen en jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zo zijn in 1998 de uitzonderingen voor pensioenvoorzieningen geschrapt ter aanpassing aan Europese Richtlijnen.⁵⁷ In 1996 is art. 1637ij BW gesplitst in de artikelen 7:646 en 647 BW.⁵⁸ In 1998 is het begrip beëindiging in die artikelen vervangen door opzegging en is de nietigheidssanctie opgenomen in art. 7:647 lid 1 BW.⁵⁹ Een aantal andere aanpassingen komt hierna aan de orde.

54 Richtlijn inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, Richtlijn 1997/80/EG van 15 december 1997, PbEG 1998, L 14/6. Art. 646 lid 12 BW en art. 6a WGB zijn ter implementatie hiervan ingevoerd bij wet van 13 december 2000, Stb. 2000, 635.

55 Richtlijn 2002/73/EG van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 1976/207/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van arbeidsvoorwaarden, PbEG 2002, L 269/15.

56 Richtlijn 2006/54/EG van het Europees parlement en de Raad van 5 juli 2006, betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, PbEU 2006, L 204/23 (Herschikkingsrichtlijn). Naast een samenvoeging van eerdere richtlijnen en consolidatie van jurisprudentie bevatte de richtlijn ook enkele noviteiten. Zie Burri en Prechal 2009 (ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1843&langId=en, geraadpleegd op 29 juni 2010), p. 2 en p. 74. De Nederlandse regering vond (net als de meeste andere lidstaten) aanpassing van het nationale recht aan deze richtlijn niet nodig. *Kamerstukken II* 2007/08, 21 109, nr. 179, p. 56 en Stcrt. 2008, 94, p. 25.

57 Richtlijn 1986/378/EEG van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, PbEG 1986, L 225/40 en Richtlijn 1996/97/EG van 20 december 1996, PbEG 1996, L 46/20. Zie Asscher-Vonk en Hendriks 2005, p. 6.

58 Wet van 6 juni 1996, Stb. 1996, 406 (invoering nieuw BW).

59 Stb. 1998, 300 (Wet flexibiliteit en zekerheid).

5.3.2 Directe discriminatie

Omstreeks 1990 waren zoals gezegd nog niet alle gevolgen van het verbod van onderscheid op grond van zwangerschap en bevalling duidelijk geworden. In hoeverre kon, naar Europees recht, de zwangere of pas bevallen werkneemster bijvoorbeeld aanspraak maken op ontslagbescherming tijdens door de zwangerschap of bevalling veroorzaakte afwezigheid? In hoeverre mocht die afwezigheid leiden tot het naar beneden bijstellen van loon of andere arbeidsvoorwaarden? Hierover heeft het Hof zich in de jaren nadien veelvuldig gebogen.

Onderscheid op grond van zwangerschap wordt in de Nederlandse wet met zoveel woorden aangemerkt als directe discriminatie (art. 7:646 lid 5 BW, art. 1 WGB, en art. 1 lid 2 AWGB). Ook het Hof van Justitie merkt discriminatie op grond van zwangerschap onverminderd aan als directe discriminatie.⁶⁰ De gangbare uitleg van de jurisprudentie van het Hof is nog steeds dat directe discriminatie niet gerechtvaardigd kan worden,⁶¹ en dit is ook het uitgangspunt van de Nederlandse wetgeving. De behandeling waar zwangere en pas bevallen vrouwen volgens het Hof van Justitie recht op hebben is met dat verbod echter nog niet gegeven. In de woorden van het Hof erkent Richtlijn 1976/207/EEG de rechtmatigheid van de bescherming van de vrouw uit oogpunt van gelijke behandeling. De Richtlijn streeft in dit verband volgens het Hof een wezenlijke en niet een formele gelijkheid na.⁶² Anderzijds heeft het Hof opgemerkt dat vrouwen die een zwangerschapsverlof genieten, zich in een specifieke situatie bevinden die bijzondere bescherming verlangt, maar dat die niet kan worden gelijkgesteld met de situatie van een man die zijn arbeid daadwerkelijk verricht.⁶³ De benadering van het Hof wordt wel benoemd als het aanmerken van de positie van de zwangere werkneemster als een positie 'sui generis',⁶⁴ en houdt het midden tussen enerzijds het bevorderen van materiële (wezenlijke) gelijkheid, en anderzijds het beperken van de uitzonderingsbehandeling van zwangere of pas bevallen werkneemsters tot de strikt noodzakelijke lichamelijke en geestelijke bescherming van moeder en ongeboren kind.

60 Zie bijvoorbeeld m.b.t. afwijzing HvJ EG 8 november 1990, C-177/88, NJ 1992, 224 (*Dekker*) en HvJ EG 3 februari 2000, C-207/98, NJ 2000, 389, JAR 2000/65 (*Mahlburg*); m.b.t. ontslag HvJ EG 14 juli 1994, C-32/93, JAR 1994/196 (*Webb*); m.b.t. de voorwaarden voor bevordering HvJ EG 30 april 1998, C-136/95, JAR 1998/138 (*Thibault*). In de Richtlijnen is dit gegeven overigens minder duidelijk terug te vinden. De Herschikkingsrichtlijn merkt slechts een minder gunstige behandeling van een vrouw in samenhang met zwangerschap of bevallingsverlof in de zin van Richtlijn 1992/85/EEG aan als 'discriminatie' (art. 2 lid 2 sub c Richtlijn 2006/54/EG). In de Preamble van de Herschikkingsrichtlijn is het wel terug te vinden (par. 23). Zie Costello en Davies 2006, p. 1603; Foubert 2002, p. 223.

61 Barnard 2006, p. 322, duidt dit aan als de 'orthodoxe' benadering, en geeft aan dat twijfel hieraan mogelijk is, met verwijzing naar literatuur. Zie ook Costello en Davies 2006, p. 1580; p. 1603.

62 O.a. HvJ EG 30 april 1998, C-136/95, JAR 1998/138 (*Thibault*), punt 24-26; HvJ EG 18 november 2004, C-284/02 (*Brandenburg/Sass*), punt 34; HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01 (*Merino Gómez*), punt 32 en 37. In de literatuur wordt opgemerkt dat in ieder geval in de 'rethoriek' van het Hof, het streven naar substantiële gelijkheid het uitgangspunt is geworden. Costello en Davies 2006, p. 1571.

63 HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93, JAR 1996/97 (*Gillespie*), punt 17.

64 Foubert 2002, p. 245.

Voor het trekken van de grenzen van de 'wezenlijke gelijkheid' of de bijzondere bescherming in verband met zwangerschap, verricht het Hof telkens, naar moet worden aangenomen, een belangenafweging tussen bijvoorbeeld het belang bij bescherming van de werkneemster tegen benadeling wegens zwangerschap en het belang van het (ongeboren) kind enerzijds, en de belangen van de werkgever bij de beschikbaarheid van werknemers of de beleidsoverwegingen van wetgevers anderzijds. De mogelijkheid om op grond van een belangenafweging te bepalen of directe discriminatie gerechtvaardigd is, is desalniettemin door het Hof niet openlijk opengesteld.⁶⁵ Het Hof vermijdt dit bijvoorbeeld door te verklaren dat de Gelijke behandelingsrichtlijn niet van toepassing is op de desbetreffende situatie, of dat de situatie 'niets met discriminatie van doen heeft'.⁶⁶ Ook lost het Hof moeilijke situaties soms op door een uitleg te geven van bijzondere rechten in de Zwangerschapsrichtlijn zonder duidelijk te toetsen aan het recht op gelijke behandeling, waarmee soms de suggestie wordt gewekt dat de Zwangerschapsrichtlijn richtinggevend is voor de bescherming die het recht op gelijke behandeling kan bieden.⁶⁷

Aanstelling

Waar legt het Hof de grenzen van het recht op bescherming tegen benadeling wegens zwangerschap? Beschermde is de zwangere werkneemster in ieder geval nog immer bij aanstelling. Het is in strijd met het recht op gelijke behandeling om een werkneemster te weigeren enkel wegens zwangerschap. Dit geldt ook voor bijzondere situaties zoals een tijdelijke aanstelling die bijna geheel samenvalt met het verlof, voorzienbare afwezigheid wegens zwangerschap op het moment dat aanwezigheid het meest noodzakelijk is, of het niet opnieuw aanstellen na afloop van een contract voor bepaalde tijd wegens zwangerschap.⁶⁸ Hier handhaaft het Hof dus de benadering dat benadeling in de vorm van het niet aanstellen op grond van zwangerschap nooit toegestaan is.

Behoud arbeidsvoorwaarden

In het geval van bepaalde arbeidsvoorwaarden wordt die strikte lijn doorgezet. Zo mag volgens het Hof de uitoefening van de overeenkomstig artikel 2, lid 3 van de

⁶⁵ Zie de discussie in Barnard 2006, p. 322; Costello en Davies 2006, p. 1580-1581.

⁶⁶ Bijvoorbeeld HvJ EG 8 november 1990, C-179/88, NJ 1993, 162 (*Hertz*), r.o. 15, over ontslagbescherming bij ziekte wegens bevalling: 'De richtlijn geldt niet voor gevallen waarin een ziekte haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling'. Zie voorts, als verklaring voor het recht op aangepast loon voor aangepaste arbeid wegens zwangerschap, HvJ EU 10 juli 2010, C-471/08 (*Parviainen*), punt 52: 'dat factoren inzake de werkelijke aard van de betrokken arbeid en de arbeidsomstandigheden in voorkomend geval kunnen worden beschouwd als objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht en die eventuele verschillen in beloning tussen verschillende groepen werknemers kunnen rechtvaardigen'.

⁶⁷ Bv. HvJ EG 27 oktober 1998, C-411/96, JAR 1999/14 (*Boyle*), punt 39-42; HvJ EU 10 juli 2010, C-471/08 (*Parviainen*). In HvJ EG 8 september 2005, C-191/03, NJ 2006/299 en JAR 2005/236 (*McKenna*), punt 60 lijkt het Hof aan te nemen dat het beschermingsniveau in de Zwangerschapsrichtlijn richtinggevend is voor het beschermingsniveau dat het gelijkheidsbeginsel kan bieden bij zwangerschap.

⁶⁸ HvJ EG 5 mei 1994, C-421/92, JAR 1994/136 (*Habermann-Beltermann*); HvJ EG 14 juli 1994, C-32/93, JAR 1994/196 (*Webb*); HvJ EG 3 februari 2000, C-207/98, NJ 2000, 389; JAR 2000/65 (*Mahlburg*); HvJ EG 4 oktober 2001, C-438/99 (*Jimenez Melgar*). Zie Asscher-Vonk en Hendriks 2005, p. 224.

Richtlijn 1976/207/EEG toegekende rechten zoals zwangerschapsverlof niet leiden tot een ongunstigere behandeling wat betreft “de voorwaarden die noodzakelijk zijn voor haar toegang tot een hoger niveau van de beroepshiërarchie”.⁶⁹ In dat geval betekende dat dat (de afwezigheid wegens) zwangerschaps- en bevallingsverlof geen invloed mocht hebben op het recht een beoordelingsrapport te krijgen, om met behulp daarvan een kans te krijgen op bevordering. Ook moest in een geval waarin de duur van de arbeidsovereenkomst bepalend was voor een promotie, de duur van het zwangerschapsverlof meegeteld worden.⁷⁰ Verder moeten werkneemsters een vóór of tijdens de periode van zwangerschapsverlof ingetreden loonsverhoging (in casu door in werkingtreding van een nieuwe cao) ontvangen.⁷¹ Ook in geval de werkgever een kerstgratificatie geeft die is afgestemd op de gewerkte uren in het afgelopen jaar, moeten wegens zwangerschapsverlof niet-gewerkte tijdvakken als gewerkte tijdvakken worden aangemerkt.⁷²

De rechtspraak van het Hof inzake het behoud van arbeidsvoorwaarden buiten de verlofperiode is deels gecodificeerd in art. 2.7 van de Gelijke behandelingsrichtlijn 2002/73/EG, thans art. 15 van de Herschikkingsrichtlijn 2006/54/EG. Volgens dit artikel heeft een vrouw die zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft genoten, na afloop van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof het recht om onder voor haar niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar baan of naar een gelijkwaardige functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden waarop zij tijdens haar afwezigheid aanspraak had kunnen maken. Volgens de Nederlandse wetgever was implementatie van deze bepaling in de Nederlandse wet niet nodig, omdat onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap op grond van art. 1 WGB en art. 7:646 lid 5 BW reeds wordt beschouwd als een vorm van direct onderscheid die verboden is.⁷³

De uitspraken van het Hof over het behoud van arbeidsvoorwaarden suggereren dat zwangerschap geen gevolgen mag hebben, niet voor aanstelling, en ook niet voor het recht op bevordering of beloning, in vergelijking met de situatie dat de werkneemster wel gewoon beschikbaar was geweest voor werk. Zo ver gaat de reikwijdte

69 HvJ EG 30 april 1998, C-136/95, *JAR* 1998/138 (*Thibault*).

70 HvJ EG 18 november 2004, C-284/02, *JAR* 2004/292 (*Brandenburg/Sass*). Opmerkelijk was wel dat het ging om een relatief lang zwangerschapsverlof van 20 weken. Volgens het Hof moest nog vastgesteld worden of die twintig weken dezelfde doelstelling hadden als het reguliere zwangerschapsverlof, te weten het bieden van de mogelijkheid aan de moeder om na de bevalling lichamelijk te herstellen en zelf voor haar kind te zorgen. Zie ook HvJ EG 16 februari 2006, *JAR* 2006/68 (*Herrero*), waar het ging om een ambtenares die zwanger was op het moment van indiensttreding en de zwangerschapsperiode mee wilde (en mocht) tellen bij de diensttijd.

71 HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93, *JAR* 1996/97 (*Gillespie*), punt 20. De loonsverhoging moest worden berekend op basis van hetzelfde referentieloon op grond waarvan ook de zwangerschapsverlofuitkering werd berekend, en niet (zoals in casu) op basis van de lagere uitkering bij zwangerschap. Vgl. HvJ EG 30 maart 2004, C-147/02; *JAR* 2004/101 (*Alabaster*).

72 HvJ EG 21 oktober 1999, C-333/97 (*Lewen*), punt 51. Deze uitspraak lijkt echter ruimte open te laten voor een kerstbonus die alleen wordt toegekend aan werknemers die op dat moment in actieve dienst zijn, ter stimulering van toekomstige prestaties (en dus niet aan werkneemsters die op dat moment met zwangerschapsverlof zijn). Mijns inziens in strijd hiermee: Hof Amsterdam 27 april 2010, *JAR* 2010/142. Vgl. Pronk 2010.

73 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 237, no. 3, p. 6.

van de bescherming echter niet altijd, met name niet als het gaat om inkomensgevolgen tijdens het verlof of afwezigheid wegens zwangerschap.

Inkomen tijdens zwangerschap en na bevalling

Aangaande het inkomen heeft het Hof opgemerkt dat vrouwen die zwangerschapsverlof genieten, zich in een specifieke situatie bevinden die bijzondere bescherming verlangt, maar dat die niet kan worden gelijkgesteld met de situatie van een man die zijn arbeid daadwerkelijk verricht.⁷⁴ Ook al omdat de Richtlijn Gelijke behandeling en de Zwangerschapsrichtlijn dit niet bepaalde,⁷⁵ houdt de zwangere vrouw tijdens haar verlof geen recht op haar gewone inkomen.⁷⁶ De situatie van verlof wegens zwangerschap en bevalling kon volgens het Hof ook niet vergeleken worden met ziekte.⁷⁷ Het loon dat wordt betaald tijdens het verlof hoefde dan ook niet gelijk te zijn aan het loon van zieke werknemers.⁷⁸ Wel mocht het bedrag van het inkomen tijdens het verlof niet zo gering zijn dat het doel van het zwangerschapsverlof, te weten de bescherming van de vrouwelijke werknemers vóór en na de bevalling, daardoor op de helling kwam te staan.

Voor zover ziektes, die hun oorsprong vinden in de zwangerschap of de bevalling, optreden voor het zwangerschapsverlof of na het bevallingsverlof, maakt het Hof wel een vergelijking met zieke werknemers. Volgens het Hof is voldaan aan het recht op gelijke behandeling als de inkomensvoorziening in die periodes gelijk is aan die onder de gewone ziekteregeling.⁷⁹ Een met de zwangerschap of de bevalling verband houdende ziekte die is opgetreden voor of na het einde van het zwangerschapsverlof, kan bijgevolg leiden tot een vermindering van de beloning onder dezelfde voorwaarden als een andere ziekte. Voor wat betreft ziektes tijdens de zwangerschap geldt, net als tijdens het verlof, de voorwaarde dat het bedrag van de uitkeringen niet zo gering mag zijn dat het doel van bescherming van zwangere werknemers daardoor op de helling komt te staan.⁸⁰ Voor het Nederlandse recht

74 HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93, *JAR* 1996/97 (*Gillespie*), punt 17.

75 Richtlijn 1975/117/EEG bepaalt niets over het recht op loon tijdens zwangerschapsverlof. Richtlijn 1992/85/EEG geeft recht op het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering van de werkneemster tijdens het verlof (art. 11.2 sub b). Over de hoogte van de bezoldiging laat de Richtlijn zich niet uit. Inzake de uitkering is bepaald dat deze minstens zo hoog dient te zijn als het bedrag van de nationale uitkering welke door de socialezekerheids-wetgeving is voorgeschreven ingeval van onderbreking van werkzaamheden om gezondheidsredenen (art. 11 lid 3).

76 HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93, *JAR* 1996/97 (*Gillespie*), punt 20; herhaald in o.a. HvJ EG 8 september 2005, C-191/03, *NJ* 2006, 299 en *JAR* 2005/236 (*McKenna*), punt 50.

77 HvJ EG 27 oktober 1998, C-411/96, *JAR* 1999/14 (*Boyle*), punt 40-42.

78 HvJ EG 27 oktober 1998, C-411/96, *JAR* 1999/14 (*Boyle*). Volgens dit arrest was met deze regels niet in strijd een beding op grond waarvan een bovenwettelijke uitkering bij zwangerschapsverlof moest worden terugbetaald indien de werkneemster na de bevalling niet meer zou komen werken, terwijl deze voorwaarde niet voor zieke werknemers gold.

79 Na het verlof: zie HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96, *NJ* 1999, 476 (*Brown*), punt 26; zie ook HvJ EG 19 november 1998, C-66/96 *JAR* 1999/33 (*Pedersen*) punt 34, 35 en 37, waarin aan deze gelijke behandeling met zieke werknemers niet was voldaan. Voor het verlof: HvJ EG 8 september 2005, C-191/03, *NJ* 2006/299 en *JAR* 2005/236 (*McKenna*), punt 62.

80 *McKenna*, punt 62. Uit punt 67 zou kunnen worden opgemaakt dat diezelfde minimumeis ook geldt voor afwezigheid wegens zwangerschaps- en bevallingsgerelateerde ziekte na het verlof, maar de redenering van het Hof is hier niet erg helder.

betekende dit dat voor de duur van de inkomensbescherming bij ziekte op grond van art. 7:629 lid 1 BW, de periode van ziekte veroorzaakt door zwangerschap buiten het zwangerschapsverlof meegeteld mocht worden, net als de periode van ziekte na het bevallingsverlof.⁸¹ Voor de bepaling van het loon voor aangepaste arbeid tijdens de zwangerschap maakt het Hof weer geen vergelijking met zieke werknemers.⁸² Welk loon wel verschuldigd is, heeft het Hof ontleend aan uitleg van de Zwangerschapsrichtlijn (zie par. 4.6.4).

Ontslag in verband met zwangerschap en bevalling

Voor wat betreft ontslag was in 1990 al gebleken, dat de zwangere werkneemster beschermd was tegen ontslag wegens afwezigheid gedurende haar verlof.⁸³ Uit het *Brown*-arrest uit 1998 volgde, dat de bescherming tegen ontslag wegens afwezigheid gold voor de gehele periode van zwangerschap, dus ook vóór het verlof, onder verwijzing naar het feit dat een eventueel ontslag een nadelige uitwerking heeft op de lichamelijke en geestelijke gesteldheid van werkneemsters tijdens de zwangerschap of na de bevalling, daaronder begrepen het bijzonder ernstige risico dat een zwangere werkneemster ertoe wordt gebracht vrijwillig haar zwangerschap af te breken.⁸⁴ Deze uitspraak maakte een aanpassing van het Nederlandse recht noodzakelijk. Voor het vaststellen van de periode van ontslagbescherming bij ziekte van de zwangere of pas bevallen werkneemster op grond van art. 7:670 lid 1 BW, tellen nu niet meer mee de periodes van ziekte voor het verlof die hun oorzaak vinden in de zwangerschap.⁸⁵ Wel blijft onverminderd van toepassing de regel van het Hof uit 1990, dat de ontslagpositie van een werkneemster die ná het gewone verlof afwezig was wegens een aan haar zwangerschap of bevalling gerelateerde ziekte, mocht worden vergeleken met de ontslagpositie van een wegens ziekte afwezige werknemer.⁸⁶

Voor het overige wordt de ontslagbescherming van zwangere werkneemsters vrij ruim uitgelegd. Een besluit tot ontslag wegens zwangerschap en/of de geboorte van een kind is in strijd met Richtlijn 1976/207/EEG en Richtlijn 1992/85/EEG, ook als die kennisgeving plaats heeft na afloop van de beschermingsperiode.⁸⁷ De bescherming tegen ontslag wegens zwangerschap is ook al van toepassing op het moment dat de werkneemster een IVF-behandeling ondergaat.⁸⁸ De werkgever kan niet zonder meer op een werkneemster die een IVF-behandeling ondergaat, dezelfde regels toepassen als bij afwezigheid wegens ziekte of familieomstandigheden. Wanneer er

81 Dit is voor zover het ging om de samentelling van verlofperiodes met zoveel woorden opgenomen in art. 7:629 lid 10 BW bij wet van 3 februari 2005, Stb. 2005, 65.

82 HvJ EU 10 juli 2010, C-471/08 (*Parviainen*), punt 60 en 61; vgl. HvJ EU 1 juli 2010, C-194/08 (*Gassmayr*).

83 HvJ EG 8 november 1990, C-179/88, (*Hertz*), punt 15; Vgl. HvJ EG 29 mei 1997, C-400/95 (*Larsson*).

84 HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96, NJ 1999, 476 (*Brown*), punt 18 en 24. Hiermee kwam het Hof terug op de uitspraak in *Larsson*, dat periodes van ziekte tijdens zwangerschap mochten meetellen voor de duur van de ontslagbescherming tijdens ziekte.

85 Wet van 3 februari 2005, Stb. 2005, 65.

86 HvJ EG 8 november 1990, C-179/88, (*Hertz*). Zie voor recente toepassing o.a. HvJ EG 8 september 2005, C-191/03, NJ 2006, 299 en JAR 2005/236 (*McKenna*).

87 Hof EG 11 oktober 2007, C-460/06 (*Pacquay*).

88 HvJ EG 26 februari 2008, C-506/06 (*Mayr*).

sprake zou zijn van het weigeren of voorwaarden verbinden aan het verlof of het achterwege laten van (volledige) loondoorbetaling, dan treft dit volgens het Hof alleen vrouwen en vormt het ongeoorloofde seksdiscriminatie.⁸⁹ Vervaltermijnen voor de vernietiging van ontslag wegens zwangerschap mogen, wegens het recht op effectieve en gelijkwaardige bescherming niet onredelijk kort zijn, en de bescherming moet gelijkwaardig zijn aan de rechtsbescherming tegen andere gronden voor ontslag.⁹⁰

Naar Nederlands recht kan soms getwijfeld worden aan de afschrikwekkende werking van sancties op het ontslagverbod. Een verzoek tot schadevergoeding na ontslagname door de werkneemster op grond van een verstoorde arbeidsverhouding wegens zwangerschap leidde tot een geringe vergoeding,⁹¹ en ook de zwangere werkneemster die nog voor aanvang van de proeftijd was ontslagen wegens zwangerschap moest genoegen nemen met een relatief geringe vergoeding.⁹² Inmiddels wordt naar Nederlands recht overigens algemeen aangenomen dat een discriminatoire opzegging ook verboden is tijdens de proeftijd.⁹³ Discriminatoire ontbinding van de overeenkomst wegens zwangerschap rechtvaardigt volgens een uitspraak van de Hoge Raad uit 1992 echter niet een doorbreking van het appellerbod van (thans) art. 7:685 lid 11 BW.⁹⁴

Tussenconclusie

Hoewel het Hof, kortom, met het *Dekker*-arrest in eerste instantie wellicht de indruk had gewekt dat de werkneemster nimmer benadeeld mag worden wegens zwangerschap of de daarmee verbonden afwezigheid, is het beeld daarvan thans veel genuanceerder. De afwezigheid wegens zwangerschap mag wel degelijk nadelige gevolgen hebben in vergelijking met de situatie dat de werkneemster wel gewoon beschikbaar is om te werken. Het inkomen tijdens zwangerschap mag lager zijn, mits behoorlijk en, voor zover de werkneemster niet werkt wegens zwangerschap buiten het verlof, niet minder dan die van zieke werknemers. Ook de ontslagbescherming mag na de periode van zwangerschap en bevallingsverlof gelijk worden gesteld aan de ontslagbescherming van zieke werknemers. De afwezigheid van de werkneemster door zwangerschap mag mogelijk op bepaalde punten meewegen in haar beoordeling of beloning nadien, bijvoorbeeld omdat het gerechtvaardigd is om bij beoordeling of beloning rekening te houden met prestaties en opgebouwde ervaring.

89 Vgl. Veldman 2008.

90 HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08, *JAR* 2009/309 (*Pontin*).

91 Ktr. Eindhoven 26 november 1998, *JAR* 1999/35 (ontbindingsverzoek tijdens zwangerschapsverlof door werkgever afgewezen, verzoek schadevergoeding na ontslagname na afloop van het verlof door werknemer toegewezen ter hoogte van 1,5 maandsalaris).

92 Ktr. Almelo 29 januari 1998, Prg. 1998, 4970 (schadevergoeding fl. 5.000).

93 Bouwens en Duk 2008, p. 372; Asscher-Vonk en Hendriks 2005, p. 228; Ktg. Den Haag 1 december 1998, Prg. 1999, 5158; Ktr. Almelo 13 november, *JAR* 2007/291.

94 HR 24 april 1992, *JAR* 1992/13 (*Woesthoff*, ontbinding arbeidsovereenkomst, geen uitzondering op appellerbod ook al zou kantonrechter een naar haar inhoud discriminatoire beslissing hebben gegeven).

Het lijkt er bovendien op dat, nu de Zwangerschapsrichtlijn in werking is getreden, het Hof alle bescherming strikt limiteert tot het zwangerschapsverlof en situaties die buiten de Richtlijn vallen, niet meer als een bijzondere, te beschermen, aangelegenheid beschouwt.⁹⁵ Dat is echter niet altijd het geval, getuige het *Melgar*-arrest, waarin de ontslagbescherming voor zwangere werkneemsters met een contract voor bepaalde tijd niet ontleend kon worden aan de Zwangerschapsrichtlijn, maar wel aan het recht op gelijke behandeling.⁹⁶

Op enkele punten na voldeed het 'gewone' Nederlandse recht reeds aan deze minimumeisen voor de behandeling van zwangere werkneemsters. Aldus leverden de gelijke behandelingsregels vooral een bevestiging van bestaande rechten van de zwangere of pas bevallen werkneemster. De bescherming bij aanstelling zoals voor het eerst neergelegd in het *Dekker*-arrest, vormt vermoedelijk nog steeds de meest gewichtige uitzondering hierop. In het nationale recht is voor zwangere vrouwen de ontslagbescherming bij opzegging wegens zwangerschap en bevallingsverlof nog steeds de meest wezenlijke toevoeging op grond van het recht op gelijke behandeling.

5.3.3 Indirecte discriminatie

De vraag is vervolgens welke relevante rechten de werkneemster met zorgtaken thans kan ontlenen aan het verbod op indirecte discriminatie. In vergelijking met de situatie in 1990 is thans betekenis en reikwijdte van het verbod op indirecte discriminatie in ieder geval in de wet helderder geworden. Zo is een definitie van indirecte discriminatie in de Richtlijnen opgenomen. Wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt, wordt dit aangemerkt als (verboden) indirecte discriminatie, tenzij die bepaling of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (Richtlijn 2002/73/EG art. 2 lid 2; Richtlijn 2006/54/EG art. 2 lid 1 sub b). Dit heeft geleid tot de bepaling naar Nederlands recht dat het verbod van onderscheid niet geldt ten aanzien van indirect onderscheid indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (art. 7:646 lid 10 BW en art. 6 WGB).⁹⁷

Ook is duidelijker wat het referentiekader moet zijn bij het vaststellen van de bijzondere benadeling van een betrokkene in de vergelijking met personen van het andere geslacht. Het Hof heeft bepaald dat dat referentiekader moet worden gezocht op het niveau van de bron waaraan de benadeling kan worden toegeschreven, bijvoorbeeld de wetgever, een cao of een werkgever. Tevens heeft het Hof zoals vermeld bepaald dat wanneer beloningsverschillen niet zijn toe te schrijven

⁹⁵ Zie voor deze conclusie reeds Vegter 2000, naar aanleiding van het *Lewen*-arrest.

⁹⁶ HvJ EG 4 oktober 2001 C-438/99 (*Jiménez Melgar*).

⁹⁷ Wet van 5 oktober 2006 tot wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn 2002/73/EG, Stb. 2006, 469.

aan één zo'n bron, een entiteit ontbreekt die verantwoordelijk is voor de ongelijkheid en die de gelijke behandeling zou kunnen herstellen, zodat een dergelijke situatie niet onder art. 141 EG-verdrag (thans art. 157 VWEU) valt.⁹⁸ Om vast te stellen of een bepaalde benadeling aanzienlijk meer vrouwen dan mannen treft moet het percentage getroffen vrouwen in verhouding tot het totaal aantal vrouwelijke werknemers worden vergeleken met het percentage getroffen mannelijke werknemers in verhouding tot het totaal aantal mannelijke werknemers.⁹⁹

Voorts is de positie van klagers bij een beroep op het recht op gelijke behandeling aanzienlijk verlicht door de jurisprudentie over de bewijslast bij discriminatie en de codificatie daarvan in Richtlijn 1997/80/EG.¹⁰⁰ Artikel 4 van de Richtlijn bepaalt dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat wanneer iemand die zich door niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat genoemd beginsel niet werd geschonden. Daarmee heeft deze Richtlijn rechtspraak van het Hof gecodificeerd waarin de bewijslast werd verlegd van de werknemer naar de verweerder, ten einde het recht op gelijke behandeling niet elke effectieve werking te ontnemen. In die jurisprudentie was bijvoorbeeld bepaald dat wanneer een maatregel die onderscheid maakt tussen werknemers op grond van het aantal gewerkte uren, in feite nadelig is voor een veel groter percentage personen van het ene geslacht dan van het andere, de werkgever dient aan te tonen, dat er objectieve redenen zijn die het vastgestelde verschil in behandeling rechtvaardigen.¹⁰¹

Objectieve rechtvaardiging

De verweerder moet derhalve doorgaans aantonen welke redenen er zijn om een beleid of maatregel te hanteren, nadat de klager heeft aangetoond dat dit beleid overwegend vrouwen of deeltijders benadeelt. Inzake de objectieve rechtvaardiging was in 1990 nog relatief weinig inhoudelijk duidelijk geworden welke 'objectieve factoren' door de beugel konden, ofwel welke maatschappelijke belangen of werkgeversbelangen een onderscheid konden rechtvaardigen. Dat komt nog steeds niet erg vaak aan de orde bij het Hof, omdat het Hof vaak stelt dat de vraag, of rechtvaardiging mogelijk is, door de nationale rechter moet worden vastgesteld,

98 HvJ EG 17 september 2002, C-320/00, JAR 2002/262, SR 2003, p. 25 m.nt. A.G. Veldman (*Lawrence*); zie ook HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01, JAR 2004/70 (*Allonby*, eerst gewone overeenkomst, dan uitzendovereenkomst; de werknemer kon zich tegenover haar nieuwe uitzendwerkgever niet beroepen op het beginsel van gelijke beloning); HvJ EG 12 oktober 2004, C-313/02, JAR 2004/279 (*Wippel/Peek&Cloppenburg*, oproepkracht met de vrijheid een oproep te weigeren, kan niet worden vergeleken met een voltijder, omdat bij de werkgever geen voltijdwerkers werkzaam zijn met hetzelfde type arbeidsovereenkomst).

99 HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97 (*Seymour*). Zie Burri 2008, p. 161.

100 Richtlijn 1997/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht, PbEG 1998, L 14/6. De Richtlijn is van toepassing op situaties die worden bestreken door art. 119 EG-verdrag (thans art. 157 VWEU) en door de Richtlijnen 1975/117/EEG en 1976/207/EEG.

101 O.a. HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92 (*Enderby*), punten 13, 14 en 18; HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99 (*Brunnhöfer*), punten 52, 53, en 60.

terwijl het Hof de nationale rechter daarvoor hooguit aanwijzingen geeft.¹⁰² Toch valt wel een aantal uitspraken te doen over de rechtvaardigingstoets.

In rechtskundige analyses van de jurisprudentie van het Hof wordt ten eerste wel een onderscheid gemaakt tussen de toets van de rechtvaardiging door overheden, die doorgaans een bepaald maatschappelijk belang aanvoeren, en de toets van de rechtvaardiging door werkgevers.¹⁰³ Voor overheden is de toets soms minder zwaar dan voor particuliere werkgevers.¹⁰⁴ Het Hof benadrukt namelijk niet zelden de discretionaire bevoegdheid van de Lid-staten, en meent soms dat in het kader van de vraag of een indirect onderscheid makend beleid gerechtvaardigd is, kan worden volstaan met aannemelijk te maken dat het beleid 'redelijkerwijs' kan bijdragen aan een bepaalde publieke doelstelling.¹⁰⁵ Deze 'redelijkerwijs'-toets staat in zijn algemeenheid niet ter beschikking aan werkgevers of cao-partijen.¹⁰⁶ Uitgangspunt bij werkgeversbeleid is vooralsnog dat de werkgever moet aantonen dat er sprake is van een 'werkelijke behoefte van de onderneming', en dat het beleid passend en noodzakelijk is en gerechtvaardigd kan worden door objectieve factoren die niets met geslacht te maken hebben.¹⁰⁷

Proportionaliteitstoets

Ten tweede is een ontwikkeling waar te nemen in het toetsingsmodel van het Hof. In de literatuur wordt voor dat model regelmatig de term proportionaliteitstoets gehanteerd.¹⁰⁸ Deze toets bestaat uit onderzoek naar de legitimiteit van het doel en de passendheid en noodzakelijkheid van het middel. Dit kan worden aangeduid als de proportionaliteitstoets 'in ruime zin'. Recentelijk kan uit een aantal uitspraken worden afgeleid dat het Hof mogelijk een 'extra' toets¹⁰⁹ heeft geïntroduceerd, namelijk een toets aan het proportionaliteitsbeginsel of evenredigheidsbeginsel in enge zin.¹¹⁰ Deze toets is al eerder toegepast in het kader van de legitimiteit van uitzonderingen op het verbod van directe discriminatie op grond van geslacht.¹¹¹

102 Bv. HvJ EG 7 maart 1996, C-278/93 (*Freers*), punt 24.

103 Barnard 2006, p. 368; Beck 2007, p. 549-562.

104 Barnard 2006, p. 368 e.v.; Costello en Davies 2006, p. 1588. Anders: Burri 2000, p. 306.

105 Barnard 2006, p. 369-370; vooral bij sociale zekerheidskwesties, bv. HvJ EG 24 februari 1994, C-343/92 (*Roks*), punt 30. Maar ook in HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97 (*Seymour-Smith*, over een anciënniteitsregel bij de toegang tot een ontslagvergoeding) wordt het 'redelijkerwijs'-criterium toegepast (punt 77).

106 Barnard 2006, p. 371; met verwijzing naar HvJ EG 9 september 1999, C-281/97 (*Kruger*), punt 30 (over uitsluiting van kleine parttimers op een eindejaarsuitkering in een cao). De cao-bepaling kon niet worden gerechtvaardigd met dezelfde beleidsdoelstelling die wel hun uitsluiting uit een sociale zekerheidsregeling kon rechtvaardigen.

107 HvJ EG 13 mei 1986, C-170/84 (*Bilka*). Barnard 2006, p. 362.

108 Bv. Vas Nunes 2002, p. 70; Traversa 2003, p. 221; Beck 2007, p. 4.

109 Zie met zoveel woorden de conclusie van de A-G van 6 mei 2010 bij C-499/08 (*Andersen*), punt 68.

110 Zie voor de aanduiding 'in engere zin' eveneens de Conclusie van de A-G van 6 mei 2010 bij C-499/08 (*Andersen*), punt 68. De term wordt al sinds begin jaren negentig gebruikt in meer algemene Europeesrechtelijke context, waar het meestal in verband wordt gebracht met het toetsen van de beleidsvrijheid van Lidstaten. Zie Jans 2000, p. 271, die het ook aanduidt als 'evenredigheid *stricto sensu*'.

111 Deze toets komt voor in HvJ EG 15 mei 1986, C-222-84 (*Johnston*); HvJ EG 26 oktober 1999 C-273/97 (*Sirdar*); HvJ EU 19 maart 2002, C-476/99 (*Lommers*).

Thans is deze toets ook aangehaald in twee zaken waar het ging om de rechtvaardiging van onderscheid op grond van leeftijd.¹¹² Het evenredigheidsbeginsel in enge zin wordt door het Hof aangemerkt als 'een van de algemene rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de communautaire rechtsorde'. Op grond daarvan zijn maatregelen, zelfs wanneer zij dienen ter verwezenlijking van legitieme doelen, niet passend en noodzakelijk als zij leiden tot een excessieve inbreuk op de gerechtvaardigde aanspraken van werknemers. De betrokken lidstaat is op grond hiervan derhalve verplicht het juiste evenwicht te vinden tussen de verschillende betrokken belangen. Deze evenredigheidstoets of proportionaliteitstoets werd tot nu toe niet (althans niet openlijk) toegepast op de rechtvaardiging van indirecte discriminatie op grond van geslacht.¹¹³ Of deze uitspraak (ook) richtinggevend zal zijn voor de ontwikkeling van de jurisprudentie van het Hof inzake onderscheid op grond van geslacht, zal nog moeten blijken.

Rechtvaardigingsgronden voor werkgevers

In het navolgende gaat het vooral om de vraag, in hoeverre onderscheid op grond van beperkte of verminderde beschikbaarheid (al dan niet wegens zorgtaken) gerechtvaardigd is bij werkgeversbeleid. Dat onderscheid kan bijvoorbeeld bestaan uit het afstemmen van beloning of eindejaarsuitkeringen op gemaakte uren en het afstemmen van promotie- of aanstellingsbeleid op gebleken beschikbaarheid. Economisch gezien is een dergelijk beleid naar men mag aannemen rationeel. Ruime beschikbaarheid van werknemers is immers gunstig voor werkgevers en minder ruime beschikbaarheid minder gunstig. Maatschappelijk gezien leidt dit uitgangspunt echter tot bestending van de achtergestelde positie van werknemers, meestal vrouwen, met zorgtaken. De vraag is dus gerechtvaardigd welke invulling het Hof geeft aan het begrip 'objectieve factoren' als het gaat om werkgeversbeleid.

Economisch gezien rationele factoren die werkgevers kunnen inroepen om verschillen in behandeling van werknemers te verklaren zijn bijvoorbeeld opleiding, de productiviteit van de werknemer, de kwaliteit van het werk, en de zwaarte van het werk. Uit de jurisprudentie van het Hof inzake de vraag wanneer sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid, is op te maken dat dergelijke factoren geaccepteerd worden.¹¹⁴ Zelfs de situatie van de arbeidsmarkt, bijvoorbeeld schaarste, kon volgens

112 HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*), punt 65; HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08 (*Andersen*), punt 32.

113 In literatuur werd al eerder betoogd dat de evenredigheidstoets in engere zin ook in het gelijke behandelingsrecht deel uit maakt of zou kunnen maken van de toets die het Hof aanlegt. Zie bv. Burri 2000, p. 323-324 en 46, met vermelding van literatuur; Peters 2006a, p. 467-468. Gerards constateert dat het Hof de proportionaliteit in strikte zin niet noemt in gelijke behandelingszaken. Wel betoogt zij dat het Hof ruimte laat voor een dergelijke toets voor de rechters in nationale instanties (Gerards 2002, p. 288).

114 Criterium voor de vraag of er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid dient volgens het Hof steeds te zijn of de betreffende werknemers, gelet op een reeks van objectieve factoren, zoals de aard van het werk, de opleidingsvereisten en de omstandigheden waaronder de werkzaamheden feitelijk worden verricht, geacht kunnen worden zich in een vergelijkbare situatie te bevinden. Zie HvJ EG 31 mei 1995, C-400/93, JAR 1995/198 (*Royal Copenhagen*); HvJ EG 11 mei 1999, C-309/97, JAR 1999/132 (*Wiener Gebietskrankenkasse*); HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99, JAR 2001/159; SR 2001, 279 m.nt. Veldman; ArA 2002-1, p. 47 m.nt. Vas Nunes (*Brunnhöfer*).

het Hof verschillen in beloning rechtvaardigen,¹¹⁵ hoewel het Hof wel preciseert dat dit mogelijk is als de nationale rechter in staat is om precies vast te stellen welk gedeelte van het loon te verklaren valt door de situatie op de arbeidsmarkt. De rechtvaardiging middels economisch rationele factoren kent echter grenzen. Budgettaire overwegingen kunnen op zichzelf geen doelstelling van beleid vormen en kunnen discriminatie ten nadele van een der geslachten derhalve niet rechtvaardigen.¹¹⁶ De enkele redenering dat werknemers minder goed mogen worden behandeld, omdat dat goedkoper is, wordt door het Hof (uiteraard) als onvoldoende aangemerkt.¹¹⁷ De factoren flexibiliteit en opleiding werden door het Hof voorts voorzien van de aantekening dat, aangezien vrouwen wegens hun zorgtaken minder flexibel zijn en minder in staat zijn om aangeboden opleiding te benutten, van de werkgever wordt verwacht dat hij aantoonst dat de flexibiliteit of opleiding van belang is voor het verrichten van de specifieke taak die door de werknemer wordt verricht.¹¹⁸

Voor de werknemer met zorgtaken is de relevante belemmerende factor, naast de al genoemde flexibiliteit, vooral de factor anciënniteit. Werknemers met zorgtaken zijn vermoedelijk gemiddeld gezien minder ruim beschikbaar voor bijvoorbeeld overwerk, en doen vaker een beroep op verlof, of werken parttime. Dat leidt veelal tot minder anciënniteit. Al volgens het *Danfoss*-arrest mocht de werkgever anciënniteit zonder meer belonen, aangezien anciënniteit en beroepservaring volgens het Hof hand in hand gaan en een werknemer met meer beroepservaring in de regel beter is toegerust voor de hem opgedragen werkzaamheden.¹¹⁹ In daarop volgende arresten leek deze regel enigszins te worden genuanceerd. Een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het vereiste dat deeltijders een langere diensttijd moeten hebben dan voltijders, bijvoorbeeld in het kader van de inschaling in een beloningsregeling, kan volgens het Hof onder meer aanwezig zijn als de omstandigheden van het geval en het verband tussen de aard van de functie en de daarmee opgedane ervaring een dergelijke diensttijd vergen.¹²⁰ Uitgangspunt van het Hof was derhalve dat een individuele toetsing noodzakelijk was en dat aangetoond moest worden dat de diensttijd daadwerkelijk relevant was om de genoemde reden. Zo nam het Hof in het *Hill*-arrest geen genoegen met de rechtvaardiging van het tellen van gewerkte uren in plaats van dienstjaren voor de inschaling in een beloningssysteem, op de gronden

115 HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92 (*Enderby*, beloningsverschillen in cao's tussen door nationale rechter gelijkwaardig geachte functies van logopedisten en apothekers).

116 HvJ EG 24 februari 1994, C-343/92 (*Roks e.a.*), punt 35. Uit HvJ EG 6 april 2000, C-226/98 (*Jorgensen*), punt 42 blijkt dat budgettaire overwegingen in het geval van overheden soms toch worden gehonoreerd, bijvoorbeeld om uiteindelijk toegang tot de gezondheidszorg te blijven waarborgen. Zie Barnard p. 366-367.

117 Zie bv. HvJ EG 17 juni 1998, C-243/95 (*Hill*), punt 40 (discriminatie kan niet gerechtvaardigd worden op de enkele grond dat het vermijden van die discriminatie hogere kosten zou meebrengen); HvJ EG 10 maart 2005, C-196/02, JAR 2005/101, SR 2005, 39 m.nt. Veldman (*Nikoloudi*), punt 51 (part-timers mogen niet benadeeld worden enkel omdat het parttimers zijn, ook al is dat gunstiger voor de begroting).

118 HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88, RSV 1991/92 (*Danfoss*), punt 21-23.

119 HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88, RSV 1991/92 (*Danfoss*), punt 24.

120 HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89, RSV 1993/4 (*Nimz*); HvJ EG 2 oktober 1997, C-1/95, NJ 1998, 807 (*Gerster*); HvJ EG 2 oktober 1997, C-100/95 (*Kording*) en HvJ EG 10 maart 2005, C-196/02, JAR 2005/101, SR 2005, 39 m.nt. Veldman (*Nikoloudi*).

dat 'dit standaard wordt toegepast' en de niet nader onderbouwde stelling dat het systeem 'de motivatie, moreel en inzet van het personeel op peil zou houden'.¹²¹ In een arrest uit 2006 pakte het Hof de *Danfoss*-aankpak echter weer op.¹²² Omdat anciënniteit hand in hand gaat met ervaring, is het volgens het Hof een geschikt criterium om de beloning mede op te baseren. De werkgever hoeft het belang van anciënniteit voor de uitvoering van de opgedragen taak in beginsel niet aan te tonen. Dit kan anders zijn wanneer de werknemer gegevens verschaft op grond waarvan ernstig kan worden betwijfeld of toepassing van het criterium in het betrokken geval geschikt is ter bereiking van het genoemde doel, dat wil zeggen het beter verrichten van werkzaamheden. Die toets hoeft echter weer niet plaats te vinden, als de werkgever gebruik maakt van een systeem van werkclassificatie dat is gebaseerd op een objectieve waardering van bepaalde werkzaamheden. Wanneer het met de toepassing van het criterium anciënniteit nagestreefde doel erin bestaat, beroepservaring te erkennen, hoeft in het kader van een dergelijk systeem niet te worden aangetoond dat een werknemer, individueel beschouwd, gedurende de relevante periode ervaring heeft opgedaan die hem in staat heeft gesteld zijn werkzaamheden beter te verrichten.

De overwegingen van het Hof zien blijkens deze laatste zinsnede overigens alleen op de toepassing van het criterium anciënniteit in het geval het daarmee nagestreefde doel bestaat uit het erkennen van beroepservaring. Wanneer anciënniteit wordt gebruikt om andere doelen na te streven, bijvoorbeeld voor het berekenen van een ontslagvergoeding of het berekenen van de ingangsdatum van een pensioen, geldt deze automatische rechtvaardiging derhalve niet.¹²³

Het Hof hanteert dus, waar het gaat om verminderde beschikbaarheid, een pro rata aankpak. Deze aankpak blijkt ook uit het al aangehaalde *Lewen*-arrest.¹²⁴ In dit arrest ging het onder andere om de vraag, in hoeverre een kerstbonus moest worden uitgekeerd aan een werknemster die met (voltijds) ouderschapsverlof was. De bonus kon volgens het Hof niet worden aangemerkt als verworven recht of recht in wording op het moment van het ingaan van het verlof in de zin van clause 2 lid 6 van de raamovereenkomst in de Ouderschapsverlofrichtlijn. Getoetst wordt voorts of de bonus in strijd is met het recht op gelijke behandeling. Het Hof overwoog dat voor zover de bonus werd betaald voor verleende diensten in het verleden, de bonus pro

121 HvJ EG 17 juni 1998, C-243/95 (*Hill*), punt 38.

122 HvJ EG 3 oktober 2006, C-17/05, *JAR* 2006/267, SR 2006, 79 m.nt. Veldman (*Cadman*). Het arrest leidde tot nationale en internationale aandacht in de pers vanwege de als conservatief ervaren strekking ervan. Zie de noot van Veldman en Beck 2007.

123 Vgl. HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08 (*Andersen*), punt 34. Het onderscheid op grond van anciënniteit bij het uitkeren van ontslagvergoedingen kon worden gerechtvaardigd op grond van de situatie van oudere werknemers op de arbeidsmarkt, maar de toepassing in het individuele geval was excessief. Vgl. tevens HvJ EU 10 juni 2010, C-395/08 en C-396/08 (*Bruno e.a.*), punt 72 (deeltijdarbeid houdt geen onderbreking van de arbeidsbetrekking in, voor berekening van de pensioengerechtigde leeftijd mogen niet-gewerkte tijdvakken wegens overeengekomen seizoenarbeid niet worden uitgesloten, onder verwijzing naar HvJ 17 juni 1998, C-243/95 (*Hill*), punt 32).

124 HvJ EG 21 oktober 1999, C-333/97 (*Lewen*); zie par. 4.6.4 en 5.3.2.

rata moest worden toegekend aan de werkneemster die met voltijds ouderschapsverlof was op het moment van toekenning. Pro rata bescherming van de werkneemster met verlof is echter niet steeds verplicht. Als de bonus niet als beloning voor gewerkte uren is bedoeld, maar bijvoorbeeld als stimulans voor toekomstige arbeid of ter verzekering van loyaliteit, is het volgens het Hof niet discriminerend om deze niet te betalen aan een verlofgangster, omdat die in een bijzondere situatie verkeert die niet vergeleken kan worden met werknemers die wel werkten.¹²⁵ Opmerkelijk is dat het Hof als het gaat om de behandeling van verlofgangers, anders dan in het geval van deeltijders, wel accepteert dat een beloningssysteem verlofgangers benadeelt op grond van vage argumenten als het willen stimuleren van loyaliteit en motivatie bij niet-verlofgangers.¹²⁶

Al met al kan gesteld worden dat (voltijds) werkneemsters met zorgtaken niet bijzonder veel extra rechten kunnen ontlenen aan het verbod op indirecte discriminatie tussen mannen en vrouwen. De rechtvaardigingsmogelijkheden van benadeling van deze werknemers zijn namelijk ruim. Weliswaar is niet toegestaan het enkele argument dat discriminatie goedkoper is, maar de meeste andere economisch gezien rationele factoren worden geaccepteerd als rechtvaardiging voor indirecte discriminatie.¹²⁷ Het is economisch rationeel om werknemers te belonen naar beschikbaarheid, en derhalve is het doorgaans toegestaan om wegens zorgtaken verminderd beschikbare werknemers minder goed te belonen of anderszins minder goed te behandelen. De rechtspraak van het Hof varieert vooral in de mate waarin van de onderscheid makende partij kan worden gevergd, die rationaliteit in het individuele geval aan te tonen. Voor wat betreft de positie van de werkneemster met zorgtaken ten opzichte van haar werkgever, kan zij op grond van de jurisprudentie van het Hof soms profiteren van het feit dat het aan de werkgever is om te bewijzen dat een door hem aangevoerde factor inderdaad relevant is, bijvoorbeeld bij de factoren flexibiliteit en opleidingsvereiste. Het Hof neemt bovendien in het geval van deeltijders geen genoegen met de enkele stelling dat werknemers die minder dan voltijd werken, minder loyaal of minder gemotiveerd zijn. In het geval van verlofgangers mag het beloningssysteem wel de loyaliteit van niet-verlofgangers aanmoedigen. In het geval van de voor haar vaak belemmerende factor anciënniteit heeft de werkneemster met zorgtaken voorts nauwelijks ruimte om te bewijzen, dat die factor niet relevant zou zijn. Ten slotte wordt het belang bij het hanteren van de toegestane economisch relevante factoren, eenmaal vastgesteld, bij werkgeversbeleid door het Hof tot nog toe niet meer afgewogen tegen de belangen van de betrokken werkneemster(s).

125 *Lewen*, punt 37. De benadering van het Hof is hier te vergelijken met de aanpak van zwangerschapsverlof in *bv. Gillespie*, zij het dat het Hof hier niet bereid is de Ouderschapsverlofrichtlijn toe te passen.

126 Kritisch hierover *Vegter* 2000.

127 Dit gegeven is grond voor kritiek in veel literatuur. Vgl. O.a. *Fredman* 1992; *Fenwick en Hervey* 1995; *Burri* 2000, p. 391 (met literatuurverwijzingen); *Hepple* 2009, p. 150. Daarmee moet arbeid derhalve worden beschouwd alsof het een 'waar' is, een gedachte waartegen in het klassieke arbeidsrecht nu juist altijd gestreden is. Zie voor discussie hierover par. 13.5.

Een dergelijke afweging tussen het belang bij het hanteren van de economisch gezien relevante factoren en het belang van de betrokken werknemers, dat wil zeggen een proportionaliteitstoets 'in enge zin', wordt soms wel impliciet door de CGB gemaakt. Zo is er een aantal voorbeelden van uitspraken waarin een conflict over arbeidstijden of verlof voor de CGB werd gebracht met een beroep op strijd met gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen of met gelijke behandeling op grond van arbeidsduur.¹²⁸ Die conflicten gingen bijvoorbeeld over de verplichting overwerk te verrichten voor werknemers in een duobaan,¹²⁹ aanpassing van werktijden aan kinderopvangtijden,¹³⁰ en ongunstige inroostering van deeltijders.¹³¹ Uiteraard eiste de CGB in die zaken eerst, dat aangetoond werd dat in die onderneming vrouwen respectievelijk deeltijders door het gewraakte beleid bijzonder benadeeld werden. Was dat eenmaal vastgesteld, dan werd in een aantal gevallen aangenomen dat de werkgever weliswaar een redelijk belang had bij het betreffende arbeidstijdenbeleid, maar dat dit belang niet opwoog tegen de belangen van de werknemers. De CGB hanteert de evenredigheidstoets echter niet altijd, en ook niet altijd op dezelfde manier.¹³²

5.3.4 *Gelijke behandeling van deeltijders en flexibele krachten*

Ontwikkelingen in wetgeving

Het wettelijk recht op gelijke behandeling van deeltijders is in Nederland als eerste tot stand gekomen op initiatief van de wetgever in 1996.¹³³ Aanleiding om hiertoe over te gaan waren onder andere de ondertekening van het IAO-verdrag over deeltijdwerk en Europese ontwikkelingen.¹³⁴ In een nieuw artikel 1637ja BW (thans art. 7:648 BW) werd bepaald dat de werkgever geen onderscheid mag maken tussen werknemers op grond van verschil in arbeidsduur, in de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel opgezegd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

In Europa was de regulering van deeltijdarbeid en andere vormen van flexibele arbeid al sinds 1982 onderwerp van een reeks van voorstellen en ontwerpverdragen, waartegen het Verenigd Koninkrijk zich steeds verzette.¹³⁵ In 1997 kwam uiteindelijk toch

¹²⁸ Vgl. Burri 2000, p. 500-501 en 579.

¹²⁹ Oordeel 98-24, 16 maart 1998 (ongerechtvaardigde ongelijke behandeling op grond van geslacht, onvoorwaardelijke beschikbaarheid duobaner is te stringent).

¹³⁰ Oordeel 98-126, 19 november 1998 (ongerechtvaardigde ongelijke behandeling op grond van geslacht, met name deeltijders lopen overwerkrisico, van werkgevers kan geveerd worden te zoeken naar voor deeltijders minder belastende oplossingen).

¹³¹ Oordeel 98-132, 8 december 1998 (ongelijke behandeling deeltijders, voor hen onvoordelige wijze van inroostering onvoldoende onderbouwd); oordeel 99-24, 23 maart 1999 (ongelijke behandeling deeltijders, doel legitiem maar diensten kunnen evenwichtiger worden verdeeld over voltijders en deeltijders).

¹³² Vgl. de kritiek van Peters 2006b, p. 139-158; 155-156.

¹³³ De Wet verbod op onderscheid naar arbeidsduur (Stb. 1996, 391), in w. tr. 1 november 1996.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 6.

¹³⁵ Uitvoering hierover Burri 2000, p. 351-362.

een richtlijn tot stand, Richtlijn 1997/81/EG.¹³⁶ In de Richtlijn is een algemeen raamwerk opgesteld om de discriminatie van deeltijdwerkers uit te bannen en om 'de ontwikkeling van de mogelijkheden voor deeltijdarbeid te bevorderen op een manier die zowel voor werkgevers als voor werknemers aanvaardbaar is'. Volgens de Richtlijn mogen deeltijdwerkers niet minder gunstig worden behandeld dan voltijdswerkers, tenzij dit objectief gerechtvaardigd is (clausule 4 sub 1). Van zowel directe of indirecte discriminatie is derhalve een rechtvaardiging mogelijk. Waar mogelijk moet volgens de Richtlijn het *pro rata temporis* beginsel worden toegepast (4 sub 2). Sociale partners of lidstaten kunnen hier zelf invulling aan geven. Ook kunnen zij drempelbepalingen opnemen met een bepaalde diensttijd, arbeidsduur of beloning als voorwaarde voor bepaalde arbeidsvoorwaarden (clausule 4 sub 3 en 4). De materiële werkingssfeer van het discriminatieverbod is beperkt tot ongunstige behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden (clausule 4 sub 1).

Het verbod op indirecte discriminatie van geslacht, een verbod dat zoals eerder bleek, vaak met succes door deeltijders werd ingeroepen, heeft een ruimer bereik dan het discriminatieverbod in de Deeltijdrichtlijn.¹³⁷ De materiële werkingssfeer van art. 7:648 BW is in vergelijking met de Richtlijn iets ruimer, maar wel beperkter dan art. 7:646 BW.

In 1999 kwam eveneens via het sociaal protocol, Richtlijn 1999/70/EG tot stand met betrekking tot arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.¹³⁸ De Richtlijn is niet van toepassing op uitzendwerk. Uit de tekst van de raamovereenkomst valt op te maken dat de Richtlijn een poging is de belangen bij flexibiliteit van het arbeidsaanbod van werkgevers en de belangen bij zekerheid van werknemers met elkaar in evenwicht te brengen.¹³⁹ Clausule 4 van de raamovereenkomst bepaalt dat werknemers met een contract voor bepaalde tijd in de arbeidsvoorwaarden niet ongunstiger mogen worden behandeld dan werknemers met een overeenkomst voor onbepaalde tijd, tenzij het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is. Deze bepaling is in Nederland geïmplementeerd door de invoering van art. 7:649 BW.¹⁴⁰ De Richtlijn bevat daarnaast bepalingen op grond waarvan grenzen worden gesteld aan het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Omdat deze bepalingen op

136 Richtlijn 1997/81/EG van de raad van 15 december 1997 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, PbEG 1998, L 14/9. Ze is gericht op uitvoering van de raamovereenkomst die de sociale partners op 6 juni 1997 hebben getekend. De Richtlijn is na toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot het sociaal protocol ook voor dat land van toepassing verklaard bij Richtlijn 1998/23/EG.

137 Krachtens clausule 6 lid 4 doet Richtlijn 1997/81/EG geen afbreuk aan het verbod op discriminatie op grond van geslacht.

138 Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, PbEG 1999, L 175/43. Deze Richtlijn is gericht op de uitvoering van de op 18 maart 1999 door de algemene brancheoverkoepelende organisaties (EVV, UNICE, CEEP) gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die in de bijlage is opgenomen.

139 Vgl. De Wolff 2008. Het belang van werkgevers komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in het feit dat opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd onder bepaalde voorwaarden mogelijk zijn (clausule 5). Dit aspect blijft in dit hoofdstuk over gelijke behandeling buiten beschouwing.

140 Wet van 7 november 2002, Stb. 2002, 560.

zichzelf geen verband hebben met het recht op gelijke behandeling, laat ik deze bepalingen en de rechtspraak hierover verder buiten beschouwing.

In 2008 is ten slotte de Uitzendrichtlijn¹⁴¹ aangenomen, na meer dan twintig jaar discussie.¹⁴² Het hoofddoel van de Richtlijn is het stellen van een beschermingskader voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is, en de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen eerbiedigt. Krachtens art. 5 van de Richtlijn dienen voor uitzendkrachten de essentiële arbeidsvoorwaarden voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde te zijn als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen. Op dit uitgangspunt zijn evenwel ruimschoots uitzonderingen te maken. Afwijking is bijvoorbeeld mogelijk bij collectieve arbeidsovereenkomst 'op het passende niveau' en 'met inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten' (art. 5 lid 3). Wegens deze ruime uitzonderingsmogelijkheden zal het nationale recht al snel aan de vereisten voldoen.¹⁴³ Ik laat de Richtlijn daarom verder onbesproken.

Gelijke behandeling van deeltijders

Werknemers met zorgtaken werken in Nederland zoals besproken vaak in deeltijd. Vrouwelijke werknemers die zich als deeltijder benadeeld voelden, konden vanaf midden jaren zeventig een beroep op het verbod van indirecte discriminatie van mannen en vrouwen doen (zie par. 5.3.3). Na de introductie van de besproken wetgeving konden zij daarnaast rechtstreeks een beroep doen op een recht op gelijke behandeling voor deeltijders. Daardoor hoefden zij niet meer aan te tonen dat door de benadeling van deeltijders met name vrouwen werden benadeeld.¹⁴⁴ Benadeling van deeltijders werd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG niettemin ook na 1997 nog overwegend aan het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen getoetst.¹⁴⁵ Het gegeven dat door benadeling van deeltijders met name vrouwen werden geraakt, werd in de jurisprudentie van het hof overigens in de loop van de jaren negentig steeds gemakkelijker aanvaard.¹⁴⁶

141 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, PbEU 2008, L 327/9. De implementatietermijn verstrijkt op 5 december 2011. De Richtlijn is gebaseerd op art. 137 lid 2 EG-verdrag (thans art. 153 lid 2 VWEU), dat ziet op het verbeteren van arbeidsvoorwaarden.

142 Vgl. Hermans en Houwerzijl 2009.

143 Volgens Hermans en Houwerzijl 2009 is in de huidige regelgeving en uitzendcao's reeds voldaan aan de voorwaarden van de Richtlijn.

144 Vgl. Burri 2000, p. 375.

145 Zie bv. HvJ EG 26 september 2000, C-322/98 (*Kachelmann*, ontslag van deeltijders); HvJ EG 27 mei 2004, C-285/02 (*Elsner*) en HvJ EG 6 december 2007, C-300/06 (*Voss*) (beide over overwerkvergoedingen voor deeltijders); HvJ EG 10 maart 2005, C-196/02, JAR 2005/101, SR 2005, 39 m.nt. Veldman (*Nikoloudi*, recht op vast dienstverband voor deeltijders). In deze zaken werd steeds een beroep gedaan op het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen, en werd de Deeltijdrichtlijn niet toegepast. In HvJ EG 12 oktober 2004, C-313/02, JAR 2004/279 (*Wippel/Peek&Cloppenburg*, over duur en organisatie arbeidstijd van flexibele deeltijders) werd een beroep gedaan op zowel gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen als op de Deeltijdrichtlijn.

146 Vgl. Traverso 2003, p. 222. Zie bv. HvJ EG 26 september 2000, C-322/98 (*Kachelmann*), waarin het Hof als feit van algemene bekendheid aanneemt dat deeltijders in Duitsland veel vaker vrouw zijn dan man.

In par. 5.2.4 is behandeld dat omstreeks 1990 de meeste jurisprudentie over benadeling van deeltijders handelde over de reikwijdte van het begrip loon. Het Hof kreeg ook na 1990 nog ruimschoots zaken voorgelegd waarin door vrouwelijke deeltijders een beroep werd gedaan op het recht op gelijk loon op grond van art. 119 EG-verdrag (thans art. 157 VWEU).¹⁴⁷ De uitleg van het begrip loon werd verder verruimd, bijvoorbeeld aangaande de aansluiting bij een bedrijfspensioenfonds,¹⁴⁸ vergoeding voor deelname aan scholingsuren,¹⁴⁹ het recht op overgang naar een hogere salarisgroep¹⁵⁰ en het recht op een eindejaarsuitkering.¹⁵¹ Beloning valt overigens ook onder het begrip arbeidsvoorwaarde in clause 4 van de Deeltijd-richtlijn. Die clause moet volgens het Hof worden opgevat als de uitdrukking van een beginsel van sociaal recht van de Unie dat niet restrictief mag worden uitgelegd.¹⁵² Het begrip arbeidsvoorwaarden omvat naast de beloning ook pensioenen. Wettelijke sociale zekerheidsregelingen vallen er echter niet onder.¹⁵³ Het begrip arbeidsvoorwaarden omvat ook de afspraken die al dan niet over arbeidsduur en organisatie van arbeidstijd zijn gemaakt.¹⁵⁴

Deeltijders hadden zoals gezegd ook volgens de Deeltijdrichtlijn in beginsel recht op een vergoeding naar rato van de omvang van hun dienstverband, behoudens objectieve rechtvaardiging. Soms kan er over getwist worden of een pro rata benadering wel terecht is. Volgens het Hof is het *pro rata temporis* beginsel in ieder geval beperkt tot deelbare prestaties, zoals financiële prestaties.¹⁵⁵ Door de Nederlandse wetgever is onderkend dat ook sommige deelbare prestaties zich niet lenen voor pro rata toepassing, afhankelijk van de aard en de strekking van de betrokken arbeidsvoorwaarde.¹⁵⁶ Reiskosten moeten volgens de wetgever bijvoorbeeld de werkelijk gemaakte kosten dekken, als dat voor voltijders ook zo is.¹⁵⁷

De pro rata benadering van het Hof pakt niet altijd gunstig uit voor deeltijdwerknemers. In het *Helmig*-arrest¹⁵⁸ gaf het Hof een uitleg aan het recht op gelijk loon in geval van overwerk, dat nadelig uitpakte voor deeltijders. Volgens dit arrest is van

147 Burri 2000, p. 265-274.

148 O.a. HvJ EG 28 september 1994, C-57/93 (*Vroege*, uitsluiting van deeltijders van een bedrijfspensioenregeling indirect discriminerend). Zie uitvoerig Burri 2000, p. 269-271.

149 O.a. HvJ EG 4 juni 1992, C-360/90 (*Botel*).

150 O.a. HvJ EG 1998 17 juni 1998, C-243/95 (*Hill*).

151 HvJ EG 9 september 1999, C-281/97 (*Kruger*, uitsluiting van kleine parttimers op een eindejaarsuitkering in een cao niet gerechtvaardigd).

152 HvJ EU 10 juni 2010, C-395/08 en C-396/08 (*Bruno e.a.*), punt 32; zie ook punt 58: het in deze bepaling vervatte discriminatieverbod is slechts de specifieke uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van de fundamentele beginselen van Unierecht.

153 Vgl. inzake Richtlijn 1999/70/EG, HvJ EG 13 september 2007, C-307/05 (*del Cerro Alonso*) en HvJ EG 15 april 2008, C-268/06 (*Impact*, het begrip arbeidsvoorwaarden in Richtlijn 1999/70/EG omvat naast de beloning ook pensioenen en een anciënniteitstoelage bij ontslag).

154 HvJ EG 12 oktober 2004, C-313/02, JAR 2004/279 (*Wippel/Peek&Cloppenburg*), punt 30.

155 HvJ EU 10 juni 2010, C-395/08 en C-396/08 (*Bruno e.a.*), punt 34.

156 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 8-11.

157 Dit is ook de benadering van de CGB. Zie Van Slooten en Rayer 2007, par. 2.2.3.

158 HvJ EG 15 december 1994, C-399/92 (*Helmig e.a.*). Zie Burri 2000, p. 146 en 393 en Burri 2008, p. 162 voor literatuurverwijzingen met kritische beschouwingen over dit arrest.

ongelijke behandeling sprake, telkens wanneer de totale beloning die aan voltijdwerknemers wordt betaald, bij hetzelfde aantal uren dat uit hoofde van een dienstbetrekking is gewerkt, hoger is dan aan deeltijdwerknemers wordt betaald.¹⁵⁹ Een voor deeltijders gunstiger alternatief zou zijn dat overwerktoeslagen verschuldigd zijn, zodra de individueel overeengekomen arbeidsduur wordt overschreden, omdat dan immers voor de betrokken werknemer bepaalde inconvenienten kunnen optreden die voor voltijdwerknemers pas optreden bij overschrijding van de in hun geval overeengekomen arbeidsduur. Voordat dit arrest gewezen werd, was dit alternatief de benadering van de CGB.¹⁶⁰

Tien jaar later heeft het Hof een arrest gewezen waarmee het leek terug te komen op het *Helmig*-arrest.¹⁶¹ In *Elsner*¹⁶² werden de eerste drie overuren volgens de toepasselijke cao niet vergoed. Volgens het Hof vormden drie overuren voor deeltijders een grotere last dan voor voltijders, hetgeen meebracht dat het feit dat de onbetaalde overuren voor deeltijders niet naar rato waren verlaagd, ongelijke behandeling meebracht, die evenwel objectief gerechtvaardigd kon worden. Het verschil met het *Helmig*-arrest was dat hier geen vergelijking werd gemaakt van de beloning van deeltijders en voltijders voor de totale arbeidsduur inclusief overwerk, maar van de vergoeding voor overuren op zichzelf. Opmerkelijk was bovendien dat het Hof daarbij refereerde aan de belasting die overuren ook voor deeltijders vormde. Daarmee leek het Hof tegemoet te komen aan de kritiek op *Helmig*. In het *Voss*-arrest¹⁶³ werd echter toch weer aangesloten bij het *Helmig*-arrest. In dat geval was de vergoeding van overuren voor zowel deeltijders als voltijders volgens de litigieuze regeling minder dan de vergoeding voor gewone overeengekomen uren. Hier vergeleek het Hof toch weer de beloning voor het totaal aantal gewerkte uren. Dat pakte in dit geval gunstig uit voor de deeltijders. Doorgaans worden voor overwerk juist toeslagen bovenop het gewone loon betaald, zodat de *Helmig*-leer meestal in het nadeel van deeltijders uitpakt.

Een voor deeltijders minder gunstige benadering van het Hof geldt daarnaast voor wat betreft de beloning naar anciënniteit. Zoals besproken heeft het Hof in 2006 pro rata beloning naar anciënniteit in beginsel als gerechtvaardigd aangemerkt, voor zover dit wordt gebruikt als uitdrukking van erkentelijkheid voor beroepservaring. In het in de vorige paragraaf al besproken *Cadman*-arrest¹⁶⁴ overwoog het Hof immers kort gezegd dat de werkgever het belang van anciënniteit voor de uitvoering van de opgedragen taak in beginsel niet hoeft aan te tonen, wanneer het met de

159 Een deeltijder die bijvoorbeeld voor 20 uur per week is aangesteld en 6 uur overwerkt, moet voor deze 26 uur per week dezelfde beloning krijgen als een voltijder teruggerekend voor zijn eerste 26 uur krijgt.

160 Zie Burri p. 497. In de parlementaire geschiedenis van de WOA (thans art. 7:648 BW) heeft de wetgever zich aangesloten bij de benadering in het *Helmig*-arrest (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 10-11).

161 Vgl. Burri 2008, p. 162.

162 HvJ EG 27 mei 2004, C-285/02 (*Elsner*).

163 HvJ EG 6 december 2007, C-300/06 (*Voss*).

164 HvJ EG 3 oktober 2006, C-17/05, *JAR* 2006/267, SR 2006, 79 m.nt. Veldman (*Cadman*).

toepassing van het criterium anciënniteit nagestreefde doel erin bestaat, beroepservaring te erkennen.

Naast het recht op loon zijn nog enkele andere arbeidsvoorwaarden aan het Hof voorgelegd voor wat betreft de behandeling van deeltijders. Volgens het Hof was er geen sprake van schending van het verbod van discriminatie op grond van geslacht in geval van een regeling inzake ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden, waarin deeltijders als aparte groep werden behandeld, omdat het niet vast stond dat die behandeling ook een benadeling meebracht.¹⁶⁵ Het uitsluiten van (overwegend vrouwelijke) deeltijdwerknemers van het recht op aanstelling in vaste dienst is volgens het Hof wel aan te merken als indirecte discriminatie op grond van geslacht.¹⁶⁶ Het verhogen van de pensioengerechtigde leeftijd voor deeltijders was volgens het Hof in strijd met het recht op gelijke behandeling tussen voltijders en deeltijders.¹⁶⁷

Opgemerkt zij dat het Hof in deze zaken steeds overwoog dat de geconstateerde ongelijke behandeling tussen deeltijders en voltijders objectief gerechtvaardigd kon worden, en het vervolgens doorgaans aan de nationale rechter overliet om te bepalen of dat het geval was. Het enkele feit dat deeltijders nu eenmaal anders behandeld worden dan voltijders, vormt echter geen objectieve rechtvaardiging voor discriminatie op grond van geslacht.¹⁶⁸ De Deeltijdrichtlijn verzet zich volgens het Hof bovendien tegen regelingen die deeltijdarbeid minder aantrekkelijk maken of zelfs ontmoedigen.¹⁶⁹ Dat is een heel verschil met de overweging in het eerste deeltijd-arrest uit 1981, volgens welke een verschil in uurloon tussen deeltijders en voltijders gerechtvaardigd kon zijn als het economisch gezien noodzakelijk was om voltijdsarbeid aan te moedigen.¹⁷⁰

Gelijke behandeling van flexibele krachten

Werknemers met zorgtaken werken niet zelden op flexibele basis. Flexibele krachten werken vaak in deeltijd, zodat de Deeltijdrichtlijn 1997/81/EG en art. 7:648 BW op hen van toepassing kan zijn. Als de benadeelde flexibele krachten overwegend vrouwelijk zijn, kan bovendien een beroep gedaan worden op het verbod van ongelijke behandeling op grond van geslacht. Soms valt een flexibele arbeidsverhouding aan te merken als een opeenvolging van overeenkomsten voor bepaalde tijd. In dat geval is ook het recht op gelijke behandeling naar aard van de overeenkomst volgens Richtlijn 1999/70/EG voor overeenkomsten voor bepaalde tijd of art. 7:649 BW in te roepen.

¹⁶⁵ HvJ EG 26 september 2000, C-322/98 (*Kachelmann*).

¹⁶⁶ HvJ EG 10 maart 2005, C-196/02, JAR 2005/101, SR 2005, 39 m.nt. Veldman (*Nikoloudi*).

¹⁶⁷ HvJ EU 10 juni 2010, C-395/08 en C-396/08 (*Bruno e.a.*), punt 66. Volgens het Hof is het *pro rata temporis* beginsel niet van toepassing op het vaststellen van de ingangsdatum van het pensioen, die in casu afhankelijk was gesteld van de duur van de diensttijd, omdat de diensttijd moet worden berekend naar de tijdsduur van de arbeidsbetrekking en niet naar de daadwerkelijk uitgeoefende diensten in de loop daarvan.

¹⁶⁸ HvJ EG 10 maart 2005, C-196/02, JAR 2005/101, SR 2005, 39 m.nt. Veldman (*Nikoloudi*).

¹⁶⁹ HvJ EU 10 juni 2010, C-395/08 en C-396/08 (*Bruno e.a.*), punt 80-81.

¹⁷⁰ HvJ EG 31 maart 1981, C-96/80 (*Jenkins*), punt 12.

Het Hof heeft zich over een aantal zaken gebogen waarin sprake was van flexibele arbeid. In het al eerder genoemde *Melgar*-arrest ging het om een werknemster werkzaam op een reeks opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die na een aantal keer niet meer werd verlengd wegens zwangerschap.¹⁷¹ Het Hof verklaarde dat het ontslagverbod van Richtlijn 1992/85/EEG niet van toepassing was op deze situatie. Het verbod van discriminatie wegens zwangerschap in Richtlijn 1976/207/EEG stond echter wel het niet verlengen van de overeenkomst wegens zwangerschap in de weg.

Bij directe discriminatie op grond van zwangerschap is het maken van een vergelijking met een maatman niet nodig, zodat de vordering van de werknemster hier niet over kon struikelen. Bij andere vormen van discriminatie zoals ongelijk loon, is wel noodzakelijk dat de behandeling van de klager kan worden vergeleken met de behandeling van een maatman. Cruciaal voor de flexibele kracht is daarbij naar verwachting dat een vergelijking gemaakt mag worden met vaste krachten. In een tweetal arresten van het Hof kwam het tot het oordeel dat deze vergelijking niet opging. In het eerste geval ging het om een oproepkracht die net als de werknemers in vaste dienst bij dezelfde werkgever aanspraak maakte op een afspraak over de (minimale) arbeidstijd en organisatie van de arbeid en het daarbij horende loon.¹⁷² Volgens het Hof was haar situatie niet vergelijkbaar met werknemers in vaste dienst, omdat zij arbeid kon weigeren en dat ook wel eens deed, terwijl dat voor werknemers in vaste dienst niet zo was. Anders gesteld kwam het standpunt van de klaagster in het geding er op neer dat het sluiten van een oproepovereenkomst als zodanig een vorm van ongelijke behandeling was, zodat een dergelijke afspraak nietig verklaard moest worden. Het Hof nam juist (impliciet) de geldigheid van een oproepovereenkomst als uitgangspunt en oordeelde dat werknemers met een dergelijke overeenkomst niet vergeleken kunnen worden met werknemers zonder een dergelijke overeenkomst. Hierdoor kwam het Hof niet toe aan de vraag in hoeverre werknemers met een dergelijke overeenkomst benadeeld kunnen worden ten opzichte van vaste krachten. Het nut van de Deeltijdrichtlijn is hierdoor voor flexibele krachten naar verwachting afgenomen,¹⁷³ al valt niet uit te sluiten dat als het gaat om de behandeling van flexibele krachten met betrekking tot andere aspecten van de arbeidsrelatie, zoals de hoogte van het loon of de aanspraak op vakantie, een vergelijking met vaste krachten wel mogelijk is.¹⁷⁴

Het nut van het invoeren van het recht op gelijke behandeling is evenmin erg groot in het geval van constructies waarin de werknemer feitelijk hetzelfde werk blijft doen, maar van formele werkgever verandert en er dan in arbeidsvoorwaarden op achteruit gaat in vergelijking met de werknemers die nog wel in dienst zijn bij de

171 HvJ EG 4 oktober 2001, C-438/99 (*Jiménez Melgar*).

172 Zie HvJ EG 12 oktober 2004, C-313/02, JAR 2004/279 (*Wippel/Peek&Cloppenburg*, oproepkracht met de vrijheid een oproep te weigeren, kan niet worden vergeleken met een voltijder, omdat bij de werkgever geen voltijdwerkers werkzaam zijn met hetzelfde type arbeidsovereenkomst).

173 Kritisch hierover o.a. Veldman 2005, p. 137 en Van Slooten en Rayer 2007, par. 2.2.

174 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, JAR 2007/127 (uitsluiting tijdelijke krachten van atv-regeling in strijd met art. 7:649 BW).

feitelijke werkgever. In het geval van een werkneemster die hetzelfde werk via een uitzendwerkgever moest gaan doen, oordeelde het Hof dat wanneer beloningsverschillen niet zijn toe te schrijven aan één bron, een entiteit ontbreekt die verantwoordelijk is voor de ongelijkheid en die de gelijke behandeling zou kunnen herstellen, zodat een dergelijke situatie niet onder art. 141 EG-verdrag (thans art. 157 VWEU) valt.¹⁷⁵

5.3.5 Positieve maatregelen

Het Hof van Justitie heeft zoals besproken in par. 5.2.5 van oudsher positieve maatregelen in verband met de bevordering van de positie van vrouwen (al dan niet als moeders) opgevat als voorkeursbehandeling of speciale bescherming van de vrouw, dat wil zeggen als restrictief uit te leggen uitzonderingen op het gelijke behandelingsgebod, en niet als uitvloeisel daarvan.¹⁷⁶ Het recht op gelijke behandeling leek daarmee vooral een recht op formele gelijke behandeling.

In 1995 werd dit uitgangspunt door het Hof bevestigd in een bijzonder restrictieve uitleg van de mogelijkheid van voorkeursbeleid.¹⁷⁷ Mede in reactie daarop is in het Verdrag van Amsterdam gepoogd in duidelijker bewoordingen aan te geven dat voorkeursbeleid weliswaar niet verplicht, maar wel wenselijk was juist om een gelijke positie van mannen en vrouwen in de praktijk te bevorderen.¹⁷⁸ Daarop heeft het Hof de mogelijkheid van voorkeursbeleid enigszins verruimd. Voorkeursbehandeling van vrouwen mag volgens het Hof niet zo ver gaan dat absoluut en onvoorwaardelijk voorrang wordt gegeven aan vrouwelijke kandidaten in sectoren waarin zij ondervertegenwoordigd zijn. Er moet sprake zijn van een objectieve beoordeling van elk individueel geval. Niet verboden zijn echter regelingen die een materiële gelijkheid proberen te bewerkstelligen door bijvoorbeeld bepaalde nadelen in de beroepsloopbaan van vrouwen te compenseren, zoals het meewegen van relevante ervaring opgedaan in onbetaalde zorgarbeid.¹⁷⁹ Ook met betrekking tot voorkeursbeleid heeft het Hof thans derhalve bevestigd dat het doel ervan ligt in

175 HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01, JAR 2004/70 (*Allonby*, eerst reeks gewone overeenkomsten voor bepaalde tijd, dan uitzendovereenkomst; geen vergelijking met werknemers in dienst van inlener); zie al eerder HvJ EG 17 september 2002, C-320/00, JAR 2002/262 (*Lawrence*, uitbesteding schoonmaakwerk door overheidsdienst, na uitbesteding geen vergelijking met werknemers overheidsdienst).

176 Vgl. bijvoorbeeld het al besproken HvJ EG 8 november 1990, C-179/88, NJ 1993, 162 (*Hertz*) punt 15; HvJ EG 25 oktober 1988, C-312/86 (*Commissie vs. Frankrijk*, moederschapsverlof te weinig verband met biologisch moederschap, uitsluiting van mannen discriminatoir). Zie Asscher-Vonk en Wentholt 1994, p. 65.

177 HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93 (*Kalanke*).

178 Art. 141 lid 4 EG-verdrag, thans art. 157 lid 4 VWEU: Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren. Ook in Richtlijn 2002/73/EG is een dergelijke definitie opgenomen in art. 2 lid 8.

179 HvJ EG 11 november 1997, C-409/95, JAR 1997/264 (*Marschall*); HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97, NJ 2000, 532 (*Badeck*); HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, NJ 2001, 28 (*Abrahamsson*); Wentholt 1998, p. 25; Veldman 2001, p. 116.

het bevorderen van substantiële, en niet formele gelijkheid.¹⁸⁰ Dergelijk voorkeursbeleid mag echter niet disproportioneel zijn.¹⁸¹ Het uitgangspunt dat voorkeursbeleid moet worden gezien als uitzondering op het algemene beginsel van gelijke behandeling, en niet als een uitdrukking ervan, is daarmee niet verlaten, maar de huidige lijn van het Hof geeft volgens sommigen wel meer ruimte voor voorkeursbeleid.¹⁸²

Daarnaast is er al meer blijk van erkenning voor het feit dat het (inmiddels) een belangrijk streven van de Europese Gemeenschap is om de combinatie van arbeid en zorg te vergemakkelijken. Het Hof overwoog in een zaak over een duobaan dat dergelijke banen meestal worden gekozen door moeders opdat ze arbeid en zorg kunnen combineren, en dat het beleid van de gemeenschap op dit punt is, 'te bevorderen dat de arbeidsvoorwaarden zo mogelijk worden aangepast aan de zorg voor het gezin. De bescherming van de vrouw in het gezinsleven alsook in het verloop van haar beroepswerkzaamheid is, evenals die van de man, een beginsel dat in de rechtsorden van de lidstaten algemeen wordt beschouwd als het logisch gevolg van de gelijkheid van mannen en vrouwen en dat door het gemeenschapsrecht wordt erkend.'¹⁸³ De uitspraak had geen betrekking op positieve maatregelen voor werknemers met zorgtaken en bracht voor wat de uitkomst betreft geen bijzondere begunstiging van werknemers met zorgtaken mee.¹⁸⁴ Opmerkelijk is bovendien dat het Hof het combineren van arbeid met zorgtaken blijkens de aangehaalde overweging vooral een belang van moeders vindt. In een tweetal uitspraken rondom de eeuwwisseling weigerde het Hof van Justitie dan ook nog steeds om vaders met zorgtaken dezelfde rechten te geven als moeders met zorgtaken, zelfs niet toen het ging om een sekseneutrale maatregel als het recht op een gesubsidieerde kinderopvangplaats.¹⁸⁵ Deze lijn van het Hof leidde in de literatuur wel tot de kritiek dat het Hof daarmee de stereotype rolverdeling tussen de seksen bevestigt.¹⁸⁶ Recentelijk heeft het Hof een arrest gewezen op grond waarvan een vader een terecht beroep op ongelijke behandeling deed. Volgens het Hof is er sprake van een ongerechtvaardigd onderscheid op grond van geslacht indien voor vaders het opnemen van voedingsverlof alleen mogelijk is als de moeder van het kind in loondienst werkt, terwijl andersom voor moeders niet de voorwaarde geldt dat de

180 HvJ EG 30 september 2004, C-319/03 (*Briheche*), punt 25.

181 Zie voor een bespreking van deze proportionaliteitstoets ook Costello en Davies 2006, p. 1597-1598, met verwijzing naar literatuur; en par. 5.3.3.

182 Costello en Davies 2006, p. 1572 en p. 1601. Zij betogen dat de Richtlijn (thans de Herschikkingsrichtlijn) ook zo kan worden gelezen dat voorkeursbehandeling wel gezien wordt als uitdrukking van, en niet als uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling.

183 HvJ EG 1998 17 juni 1998, C-243/95 (*Hill*), punt 42.

184 Deze benadering blijkt ook uit bv. HvJ EG 14 september 1999, C-249/97, NJ 2000, 97 (*Gruber*, ontbreken recht op ontslagvergoeding bij ontslagname door gebrek aan kinderopvang is geen vorm van discriminatie).

185 Bv. HvJ EG 16 september 1999, C-219/98, JAR 1999/216 (*Abdoulaye*, exclusief aan vrouwen die met zwangerschapsverlof gingen toegekende toelage gerechtvaardigd wegens nadelen zwangerschapsverlof); HvJ EG 19 maart 2002, NJ 2002, 475 (*Lommers*, het voorbehouden van gesubsidieerde kinderopvangplaatsen aan vrouwelijke werknemers is toegestaan, mits alleenstaande vaders ook in aanmerking komen voor de betreffende faciliteit).

186 Bv. McGlynn 2000 en 2001.

vader van het kind ook in loondienst werkt.¹⁸⁷ Hoewel het resultaat in dit geval gunstig uitpakte voor de vader, is opvallend dat het Hof deze uitkomst ook in deze uitspraak rechtvaardigt door te verwijzen naar de voordelen die dit resultaat heeft voor het combineren van arbeid en zorg van de vrouwelijke partner van de klagende vader. Dat vaders een gelijk recht zouden kunnen hebben op faciliteiten die het combineren van arbeid en zorg vergemakkelijken, is door het Hof daarmee nog niet onomwonden erkend.

5.4 Conclusie hoofdstuk 5

In de literatuur zijn sinds eind jaren tachtig al sceptische geluiden te horen over het nut van het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. Het gelijkheidsbeginsel zou als benadering van het vrouwenvraagstuk niet voldoen, omdat het niet in staat zou zijn om de achterliggende machtsverhoudingen in het recht te ontmantelen, en de onderliggende vraagstukken zou verhullen.¹⁸⁸ Vertaald naar de positie van de werknemer met zorgtaken zou men deze kritiek kunnen verwoorden als de stelling, dat het gelijke behandelingsrecht voor wat betreft de combinatie van arbeid en zorg (te) weinig kon betekenen voor vrouwen, omdat het slechts regelde dat vrouwen gelijk behandeld moesten worden voor zover ze gelijk waren aan de traditionele kostwinner, dat wil zeggen voor zover ze even ruim beschikbaar waren als een werknemer zonder zorgtaken, en dat waren ze nu eenmaal niet.

Op grond van het voorgaande kan men mijns inziens inderdaad concluderen dat de toegevoegde waarde van het gelijke behandelingsrecht voor werknemers met zorgtaken in de benadering van het Hof van Justitie EG vrij beperkt was. Het recht op gelijke behandeling leidt op zichzelf namelijk nauwelijks tot verplichtingen die ten koste gaan van economische rationaliteit. Het belonen van werknemers op grond van de factor beschikbaarheid is rationeel, en minder ruime beschikbaarheid wegens zorgtaken mag op grond van de vigerende toepassing van het gelijkheidsbeginsel daarom doorgaans leiden tot een naar rato lagere waardering.

Dit beperkte nut geldt behoudens de situatie van zwangerschap, dat sterke, voor werkgevers potentieel belastende rechten meebrengt: het verbod een sollicitante af te wijzen of een werkneemster te ontslaan wegens zwangerschap, het recht op verlof en adequate inkomensbescherming tijdens zwangerschapsverlof en bevallingsverlof. In de richtlijnen waarin die rechten zijn opgenomen, in de rechtspraak van het Hof, en ook in de literatuur, worden deze rechten vaak in verband gebracht met het recht op gelijke behandeling. In ieder geval de rechten op verlof en inkomensbescherming bij zwangerschap en bevalling waren echter grotendeels al veel ouder dan het gelijke behandelingsrecht. De Zwangerschapsrichtlijn uit 1992 vormde hiervan een late bevestiging met een minimumkarakter. De introductie van bescherming van zwangere en pas bevallen vrouwen eind negentiende, begin twintigste eeuw in Nederland

187 HvJ EU 30 september 2010, C-104/09 (*Álvarez*, vader heeft geen recht op voedingsverlof omdat de moeder zelfstandige is, ongerechtvaardigd onderscheid).

188 Zie o.a. Wentholt 1990b, p. 98; Fredman 1992; Burri 2000, p. 392; Mc Glynn 2000 en 2001.

had, zoals al bleek uit hoofdstuk 4, niet zozeer te maken met de verbetering van de maatschappelijke positie van vrouwen, maar meer met een algemener beginsel van bescherming van veiligheid en lichamelijk welzijn van de werknemer en zijn gezin.

Het recht op gelijke behandeling zorgde wel voor een wezenlijke aanvulling hiervan op het vlak van aanstelling en ontslagbescherming. Ook het recht op pro rata bescherming van deeltijders heeft een belangrijke rol gespeeld in de verbetering van de rechtspositie van vrouwen met zorgtaken, zij het dat dit beginsel ook keerzijdes heeft. De toepassing van dit beginsel brengt namelijk mee dat werknemers met een voltijdsdienstbetrekking gelegitimeerd gunstiger behandeld mogen worden dan werknemers met een kleinere dienstbetrekking, naar rato van hun beschikbaarheid. Op het punt van inkomensbescherming is het Hof geneigd zich te richten naar het minimumbeschermingsniveau van de Zwangerschapsrichtlijn, uiteraard met de toevoeging dat het Lidstaten vrij staat meer bescherming te bieden. Hetgeen op grond van het beginsel van gelijke behandeling verplicht is, kan vermoedelijk echter niet boven dat minimumniveau uit stijgen.

Het recht op gelijke behandeling leidde in de benadering van het Hof echter nimmer tot speciale rechten voor werknemers met zorgtaken buiten het biologische moederschap, zoals rechten op aanpassing van arbeidstijden of rechten op verlof. De benadering van het gelijkheidsbeginsel waarin het creëren van dergelijke rechten als een uitvloeisel van het recht op gelijke behandeling wordt gezien, wordt wel aangeduid als 'substantiële gelijkheid' en de verplichtingen die eruit voortvloeien als 'positieve verplichtingen'.¹⁸⁹ Dergelijke verplichtingen kwamen zoals gezegd al voor in wetgeving vanaf het einde van de negentiende eeuw. Nieuwe verplichtingen kwamen tot stand in de periode tussen 1990 en 2010 op initiatief van de wetgever en sociale partners, waarbij zij zich lieten inspireren door het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. In de visie van het Hof vloeien dergelijke verplichtingen echter niet voort uit het recht op gelijke behandeling zelf.

189 Barnard en Hepple 2000. Volgens hen is het creëren van dergelijke rechten niet de enige mogelijke invulling van dit begrip; gedacht kan ook worden aan het creëren van gelijke kansen. Vgl. ook Fredman 2005a en 2005b.

6

Conclusie historisch deel

Tegen de in dit deel geschetste historische achtergrond kan nu een antwoord worden gezocht op de vraag, of de bescherming van de privétijd van de werknemer in het arbeidstijden- en verlofrecht vanaf de jaren negentig nieuw was. Dat is historisch gezien niet het geval. De arbeidstijdenregelgeving had namelijk altijd al mogelijk gemaakt dat werknemers tijd konden afdwingen om er een privéleven op na te houden. De eerste sociale wetgeving was erop gericht om de arbeidstijden van vrouwen en kinderen te beperken. In het begin van de vorige eeuw werden ook de arbeidstijden van mannelijke volwassen werknemers begrensd. De rechtvaardiging van deze wetgeving ging verder dan de enkele bescherming van veiligheid en gezondheid. Nadrukkelijk had deze wetgeving ook tot doel werknemers de gelegenheid te bieden zich te ontspannen en zich met hun gezin bezig te houden. Deze gedachte werd na de Tweede Wereldoorlog uitgebouwd, bijvoorbeeld in het recht op een vrije zaterdag, en de introductie van een wettelijk recht op vakantie.

Het karakter van de bescherming op het vlak van arbeidstijden is echter ingrijpend veranderd in de jaren negentig. Voor die tijd stond de collectieve ordening voorop. Het organiseren van een onderneming gaat goed samen met collectieve ordening. Ook al konden bedrijven soms last hebben van die ordening, ze wisten waar ze aan toe waren en bovendien hadden hun concurrenten er net zo veel last van. In het nieuwe arbeidstijden- en verlofrecht stond de individuele variatie voorop. Aanpassing van de bedrijfsvoering aan individuele omstandigheden van werknemers gaat echter veel minder vanzelfsprekend samen met het efficiënt en concurrerend organiseren van een onderneming. Het vergt in het beste geval ingewikkelder planning en logistiek, in het slechtste geval leidt het tot versnippering van taken en suboptimaal gebruik van arbeidsplaatsen en investeringen in werknemers. Werkgevers die er niet in slagen werknemers met een ruime beschikbaarheid aan te stellen, hebben daar meer last van dan werkgevers die daar wel in slagen. In die zin was er inderdaad sprake van een omslag in wet- en regelgeving die de lasten van werkgevers heeft verzwaaard.

Relatief nieuw was derhalve de mogelijkheid tot 'individuele variatie' die in het nieuwe arbeidstijden- en verlofrecht besloten lag. Maar waarom wordt de behoefte aan individuele variatie van arbeidstijden 'privé' genoemd, terwijl de collectieve begrenzing van arbeidstijden niet met bescherming van privékwesties in verband

werd gebracht? Een verklaring daarvoor biedt de tweede betekenis die wordt toegekend aan het begrip privéomstandigheden, namelijk de omstandigheden waardoor iemand afwijkt van wat 'normaal' is. Omdat elke werknemer behoefte aan rust, voedsel, lichaamsverzorging en ontspanning heeft, zijn dit geen privébehoefte, hoewel ze wel geassocieerd kunnen worden met het lichaam en de woning. Het is vanzelfsprekend dat elke werknemer tijd moet overhouden voor deze behoeftes. De collectieve arbeidstijdenbescherming was voldoende voor de 'gewone' werknemer en daarom kennelijk geen privékwestie. Dit ligt echter anders voor bijzondere behoeftes die niet bij elke werknemer aanwezig zijn. Die behoeftes kunnen daarom privé genoemd worden.

Echter, de oudste bijzondere arbeidstijden- en verlofrechten zien op de bescherming van de vrouw als moeder, zoals het arbeidsverbod bij zwangerschap en bevalling en het zoogverlof. Het responsieve arbeidsrecht was hoofdzakelijk ingevoerd om een soortgelijke reden, namelijk de bescherming van werknemers met zorgtaken. Toch wordt de invoering van dat laatste recht als een revolutie ervaren, terwijl dat oude bijzondere recht al ruim een eeuw bestond. Welk verschil was er dan tussen deze oude bijzondere verlofrechten en de nieuwe rechten? Lag het verschil wellicht in de belasting die het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht meebracht voor de werkgever? Heeft de werkgever historisch gezien meer last gekregen van de keuze die werknemers maken voor de wijze waarop zij arbeid en zorgtaken willen verdelen of combineren?

In hoofdstuk 4 is onderzocht, welk verschil in rechtspositie er was van de werknemer met zorgtaken voor en na de invoering van het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht, en welk verschil in belasting dat opleverde voor de werkgever.

Vast staat dat het kostwinnerstelsel voor werkgevers voorspelbaarder was. De financiële steun voor het gezin was min of meer gelijkelijk over de werkgevers gespreid, of in ieder geval per sector (via loongebouwen en sociale zekerheidsrecht). Organisatorisch was het kostwinnersstelsel efficiënt, omdat er niet hoefde worden afgestemd op individuele variaties in behoefte aan arbeidstijden, en omdat de meeste werknemers in principe ruim beschikbaar waren, zodat bijvoorbeeld overwerk zonder veel problemen opgedragen kon worden. Het kostte werkgevers dan ook moeite om te wennen aan de deelname van vrouwen met zorgtaken aan de arbeid. Zij hadden aanvankelijk veel weerstand om kwalitatief goede arbeid in deeltijd aan te bieden, zoals bijvoorbeeld blijkt uit rechtspraak waarin werknemers probeerden een deeltijdbaai af te dwingen. Ook was er veel weerstand bij werkgevers tegen het recht op aanpassing van arbeidsduur, ook na invoering van de WAA. Rechters pasten die wetgeving echter loyaal toe. Als de wet geen aanwijzing bevatte voor de wijze waarop de belangen tussen de werkgever en de werknemer afgewogen moesten worden, bijvoorbeeld bij de spreiding van de resterende arbeidsuren over de week, werd het verzet van de werkgever tegen een door de werknemer gewenste suboptimale organisatie van zijn onderneming wel meestal gehonoreerd.

Om de nieuwe wetgeving te rechtvaardigen, voerde de wetgever soms aan, dat de toegenomen deelname van vrouwen op de arbeidsmarkt ook in het belang van werkgevers was. Later werd gewezen op het belang om de gevolgen van de komende vergrijzing op te vangen. De nieuwe wetgeving werd in eerste instantie echter vooral ingegeven door internationale verdragen inzake het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen, die de wetgever verplichtten of inspireerden om speciale rechten voor werknemers met zorgtaken te scheppen. Opmerking verdient, dat het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen in de benadering van de hoogste rechter op dat punt, het Hof van Justitie EU, geen speciale voorkeursbehandeling meebracht voor werknemers met zorgtaken. Werknemers met zorgtaken mogen behandeld worden naar rato van hun beschikbaarheid, en omdat ze minder beschikbaar zijn, mogen ze volgens het Hof dus ook naar rato minder goed behandeld worden.

De belasting die de introductie van het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht meebracht voor de werkgever, is derhalve voornamelijk gelegen in de beperking die het geeft aan zijn organisatievrijheid, omdat hij de individuele behoeftes aan aanpassing van arbeidstijdpatronen en verlof tot op zekere hoogte moet zien in te passen in de organisatie van zijn onderneming.

Daar staat tegenover dat de organisatorische ruimte van de werkgever in dezelfde periode op andere fronten toegenomen. Uit de behandeling van de ontwikkeling van flexibele en deeltijdrelaties is gebleken dat de lastenverzwaring op het gebied van arbeidstijden en verlof in de jaren negentig voor werkgevers niet moet worden overdreven. Andere ontwikkelingen maakten het de werkgever namelijk juist makkelijker om de arbeidstijden efficiënt in te richten en de werkdruk op te voeren. De groei van een flexibel arbeidsaanbod in de jaren negentig was met name een gevolg van de flexibiliseringswens van werkgevers. Die groei zou niet in die mate mogelijk zijn geweest zonder de groei van de participatie van werknemers met zorgtaken. In eerste instantie deed die groei zich voor buiten bemoeienis van de wetgever om. De wetgever heeft deze ontwikkeling echter verder willen stimuleren, en heeft werkgevers in de gelegenheid gesteld om arbeidstijden en arbeidsrelaties flexibeler af te stemmen op hun bedrijfsbehoeftes. Dat gebeurde zowel in het arbeidstijdenrecht ('interne flexibiliteit') als in het ontslagrecht ('externe flexibiliteit').

Door de toegenomen vrijheid van werkgevers om arbeidstijdpatronen en arbeidsduur aan hun behoefte aan te passen, kwam er meer druk te liggen op werknemers om zich ruim en flexibel beschikbaar te stellen voor arbeid. Gesteld kan worden dat de 'beschikbaarheidsdrang' toenam. Daardoor werd in zekere zin de herverdeling van zorgtaken tussen mannen en vrouwen ontmoedigd. De beschikbaarheidsdrang wordt op alle werknemers uitgeoefend, zowel mannen als vrouwen, en werknemers met en zonder zorgtaken. Alle werknemers zijn vrij om, met bijvoorbeeld een beroep op het responsieve arbeidstijdenrecht, te trachten weerstand te bieden aan die druk. Het is echter aannemelijk dat vooral werknemers die zich niet aan hun zorgtaken kunnen onttrekken, of van wie maatschappelijk geaccepteerd wordt dat ze prioriteit

geven aan zorg, die weerstand ook echt zullen bieden. Dat zijn historisch en cultureel gezien meestal vrouwen. Het huidige arbeidstijdenrecht levert per saldo daarom vermoedelijk geen bijdrage aan de volgens het combinatiescenario gewenste herverdeling van zorg tussen mannen en vrouwen. De huidige regelgeving lijkt veeleer het 'anderhalfverdienersmodel' te bevorderen. Men kan zich zelfs afvragen of de toegenomen ruimte voor beschikbaarheidsdrang de toegenomen verplichtingen in het kader van het responsieve recht niet compenseerden. Onderzoek naar het gebruik van de Wet Arbeid en Zorg en de WAA wijst enerzijds immers op een op sommige punten achterblijvend beroep op deze wetten, terwijl anderzijds sinds de introductie van de Artw 1996 sprake is van een hogere werkdruk en meer spanning tussen werk en privé. Hoewel men deze maatschappelijke ontwikkelingen zonder twijfel aan veel meer oorzaken kan toeschrijven dan aan de enkele invoering van wetten, hebben deze wetten dit in ieder geval niet voorkomen.

De aanpassing van het arbeidstijden- en verlofrecht aan het feit dat sommige werknemers verminderd beschikbaar zijn wegens zorgtaken, zal niet meer teruggedraaid worden. De wetgever lijkt evenwel niet van plan om het faciliteren van arbeid en zorg (nog) vaker voor rekening van de werkgever of de overheid te laten komen of om de werknemer steviger te beschermen tegen beschikbaarheidsdrang. De begin van deze eeuw ingeslagen weg van de 'levensloopbenadering' legt de verantwoordelijkheid voor aanpassing van de arbeid aan persoonlijke omstandigheden niet (meer) bij de werkgever of sociale partners maar bij de individuele werknemers zelf. De (extra) steun die de overheid hiervoor wil geven bestaat vooralsnog uit een relatief geringe fiscale prikkel aan de werknemer om loon te sparen, zonder daaraan verlofrechten jegens de werkgever te koppelen. De meest recente beleidsvisie sluit aan op deze invalshoek. Nog steeds stelt de overheid zich ten doel om arbeid en zorg te faciliteren teneinde de arbeidsparticipatie van vrouwen te verhogen. De minister hoopt dit echter te kunnen bereiken door bestaande verlofrechten te stroomlijnen en te flexibiliseren, zonder daarbij de lasten van werkgevers te verzwaren. De wetgever bezint zich bovendien op manieren om vrouwen over te halen vaker in grote deeltijdbanen of voltijdbanen te gaan werken. In dat licht kan gewezen worden op de zeer ruimhartige subsidie voor de kosten van kinderopvang en het goedkoper maken van persoonlijke diensten aan huis.

DEEL II Systematisch deel

Inleiding systematisch deel

Een van de betekenissen van het woord 'privé' is 'voor eigen risico komend', zoals bleek uit hoofdstuk 1. Het aanmerken van bepaalde kwesties als privé en andere niet, staat in die betekenis gelijk aan het maken van een risicoverdeling. Sommige commentatoren in het arbeidsrecht hebben het arbeidstijden- en verlofrecht vanaf midden jaren negentig aangemerkt als een ingrijpende verandering in het recht, die ook wel als 'privétisering' wordt aangeduid. Daarmee werd wellicht bedoeld, dat de bedoelde regels een belangrijke verandering meebrachten ten opzichte van de risicoverdeling voor persoonlijke belangen zoals die 'eigenlijk' of gewoonlijk gemaakt wordt in het arbeidsrecht. Daarmee rijst de vraag, welke risicoverdeling gewoonlijk gemaakt wordt in het arbeidsrecht, en welke rol persoonlijke belangen daarin doorgaans spelen.

In dit deel van het onderzoek wordt beoogd een analyse te geven van de risicoverdeling die in grote lijnen wordt gemaakt in het systeem van het arbeidsrecht. Het doel hiervan is om te beoordelen, of de risicoverdeling in het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht, en de belangenafweging tussen persoonlijke belangen en andere belangen die tot uitdrukking komen in dat recht, op een bijzondere manier afwijken van de risicoverdeling en de daarin tot uitdrukking komende belangenafweging in het arbeidsrecht als geheel.

De vraag die in de volgende drie hoofdstukken kortom centraal staat, is hoe de afweging tussen de persoonlijke belangen van de werknemer en de bedrijfsmatige belangen van de werkgever doorgaans wordt gemaakt in het arbeidsrecht. Beoogd is het arbeidsrechtelijke systeem in grote lijnen te typeren en samen te vatten in termen van de afweging tussen persoonlijke belangen en bedrijfsbelangen, en dit te vergelijken met de afweging tussen persoonlijke belangen en bedrijfsbelangen in het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht.

Voor een typering van het arbeidsrechtelijke systeem is gelet op de omvang en veelzijdigheid van het rechtsgebied, een gedegen onderbouwing noodzakelijk.

Om begrip te krijgen voor de bijzondere aspecten van de risicoverdeling in het systeem van het arbeidsrecht, is ten eerste gekozen voor een benadering waarin een vergelijking wordt gemaakt met de risicoverdeling in het algemene contractenrecht.

Naar veronderstelling is het raamwerk van het algemene contractenrecht tot op zekere hoogte neutraal. Er zit in dat raamwerk geen ingeweven voorkeur voor bijvoorbeeld de belangen van zwakke ten opzichte van sterke partijen, of de belangen van natuurlijke personen ten opzichte van de belangen van rechtspersonen, etc.¹ Het algemene contractenrecht is met andere woorden in beginsel 'symmetrisch' als het gaat om de waarde die het hecht aan de belangen van beide partijen. Het regelt de situatie van twee contractspartijen die onafhankelijk en in vrijheid hun wil kunnen bepalen. In het arbeidsrecht ligt dat anders. De arbeidsovereenkomst is geen 'symmetrische' overeenkomst. Er is een duidelijk onderscheid tussen de positie van de werkgever en de positie van de werknemer. De werkgever heeft bijvoorbeeld in beginsel zeggenschap over de inrichting van zijn onderneming en de wijze waarop hij de werknemer daarin laat werken, en andersom geldt dat niet.

Om de gevolgen hiervan in algemene termen inzichtelijk te maken, is het verhelderend om de indeling van de beleavingswereld in sferen zoals toegelicht in hoofdstuk 1, figuratief toe te passen op een gewone zakelijke overeenkomst en op een arbeidsrelatie. Sfeer betekent onder andere: 'bol'. Figuratief kan de imaginaire verdeling van de werkelijkheid in sferen worden voorgesteld als subjecten die verblijven binnen hun eigen 'bol' of cirkel (de privésfeer, of, in het geval van een bedrijf, de bedrijfssfeer), en zich zo nu en dan verplaatsen naar andere cirkels (de openbare sfeer).

In het algemene contractenrecht ontmoeten partijen elkaar op een concrete of imaginaire marktplaats, dat wil zeggen in de openbare (zakelijke) sfeer. Na het sluiten van de overeenkomst keren beide partijen weer terug naar hun eigen domein en verrichten daar de werkzaamheden die nodig zijn voor de uitvoering van de overeenkomst. Hun eigen domein kan zijn hun 'bedrijfssfeer' of 'privésfeer', al naar gelang. Na de uitvoering van hun verplichtingen zullen partijen controleren of de resultaten voldoen aan de afspraken. Toelating tot elkaars domeinen is daarvoor in beginsel niet nodig. Het doen van zaken en het verkeren in het eigen domein kunnen in het algemene contractenrecht derhalve imaginair en fysiek gezien goed van elkaar worden gescheiden. Natuurlijk is dat in werkelijkheid soms niet zo, en kunnen afspraken ook anders meebrengen, maar deze scheiding is wel goed denkbaar. De werknemer daarentegen voert de overeenkomst persoonlijk uit binnen de sfeer van de werkgever. De werknemer treedt dus buiten zijn eigen domein in het domein van een ander, waar die ander in beginsel zeggenschap heeft. De werknemer onderwerpt zich in beginsel aan die zeggenschap. Meestal doet de werknemer dat tezamen met andere werknemers. Aldus ontstaat als het ware een bedrijfssfeer met als deelgenoten de werkgever en meerdere werknemers. Een individuele werknemer behoudt bij het binnentreden van het bedrijf echter ook een deel van zijn persoonlijke levenssfeer waarover de werkgever geen zeggenschap heeft, bijvoorbeeld waar het

¹ De veronderstelling dat het contractenrecht neutraal is wordt nader toegelicht in het volgende hoofdstuk. In de praktijk kan de uitleg van boek 6 BW afwijken van deze veronderstelling, bijvoorbeeld door een voorkeur te laten zien voor bepaalde belangen of bepaalde belangen uit te sluiten, maar of dat al dan niet zo is, is niet onderzocht.

gaat om zijn lichamelijke integriteit. De imaginaire scheiding tussen de eigen domeinen van de contractspartijen in het arbeidsrecht is alleen al daardoor complexer dan diezelfde scheiding in het algemene contractenrecht. Het arbeidsrecht regelt dan ook soms situaties die zich niet of niet in die mate voordoen in het algemene contractenrecht.

Daarmee is duidelijk dat het contractenrecht enerzijds relevant is voor het arbeids-overeenkomstenrecht, maar dat er ook belangrijke verschillen tussen de twee rechtsgebieden zijn. Voor het krijgen van inzicht in de risicoverdeling in het arbeidsrecht is het mijns inziens vaak verhelderend om te bezien in hoeverre de risicoverdeling in het arbeidsrecht afwijkt van het algemene contractenrecht. Ook kan juist de vergelijking tussen het arbeidsrecht en het algemene contractenrecht aan het licht brengen, dat sommige regels in het arbeidsovereenkomstenrecht een voor die overeenkomst typerende situatie regelen die niet of veel minder voorkomt in andere contracten.

Daarom worden in hoofdstuk 8 eerst de hoofdlijnen geschetst van de risicoverdeling tussen contractspartijen in het algemene contractenrecht. Het gaat daarbij vooral om de risicoverdeling voor verandering van omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst.² Vervolgens wordt met die hoofdlijnen van het algemene contractenrecht in het achterhoofd, in hoofdstuk 9 een samenvatting gegeven van de belangrijkste arbeidsrechtelijke leerstukken. Daarbij wordt dan zo mogelijk een vergelijking gemaakt met het algemene contractenrecht. Regelmatig zal ik daarbij, na een beschrijving van de positiefrechtelijke regels, een beschrijving in termen van de afweging tussen persoonlijke belangen en bedrijfsbelangen toevoegen. Aan het eind van het hoofdstuk worden de bevindingen samengevat.

Voor deze samenvatting van het positieve recht zal ik in het derde hoofdstuk van het systematische deel (hoofdstuk 10) onderbouwing zoeken in de arbeidsrechtelijke doctrine. Omdat in die doctrine zelden in termen van de afweging tussen persoonlijke belangen en bedrijfsbelangen wordt gesproken, zal ik in dat hoofdstuk beschrijven op welke wijze arbeidsrechtgeleerden in de afgelopen eeuw het bijzondere aan het arbeidsrecht of delen van het arbeidsrecht hebben getypeerd. Daarbij ben ik uiteraard vooral benieuwd naar wat hun typering zegt over de afweging tussen persoonlijke belangen en bedrijfsbelangen die volgens hen doorgaans in (een deel van) het arbeidsrecht wordt gemaakt, en op welke manier dit mijn samenvatting van het positieve recht ondersteunt. Ten slotte zal ik de gevonden systematische samenvatting van de afweging tussen persoonlijke belangen en bedrijfsbelangen in het arbeidsrecht vergelijken met de afweging in het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht.

² Andere risico's, zoals het risico op schade aan goederen of aan derden veroorzaakt binnen de contractuele relatie, worden niet of slechts zijdelings behandeld.

8

Risicoverdeling voor persoonlijke omstandigheden in het overeenkomstenrecht

8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan een aantal leerstukken uit het algemene contractenrecht. Veel leerstukken in het algemene contractenrecht zijn vanwege de gelaagde structuur van het BW, ook zonder meer van belang in het arbeidsrecht.¹ De arbeidsovereenkomst is uiteraard ook een overeenkomst, en veel algemene regels voor overeenkomsten zijn ook van toepassing op de arbeidsovereenkomst. Anderzijds zijn er ook verschillen tussen de toepassing van regels in het algemene contractenrecht en de toepassing van die regels in het arbeidsrecht, en uiteraard zijn er ook veel regels die bijzonder zijn voor het arbeidsrecht.

De uiteenzetting over het algemene contractenrecht heeft in dit onderzoek als voornaamste doel ondersteuning te bieden aan de systematische analyse van de risicoverdeling in het arbeidsrecht. De bespreking van relevante contractenrechtelijke leerstukken had daarom ook kunnen worden geïntegreerd in de analyse van het systeem van het arbeidsrecht. De weergave van deze leerstukken in een apart hoofdstuk is echter praktischer, omdat de leerstukken beter in onderlinge samenhang besproken kunnen worden. In het navolgende zal eerst aandacht worden besteed aan de rol van het beginsel van gebondenheid aan het contract (par. 8.2.1), en de gevolgen van niet-nakoming van het contract (par. 8.2.2). Vervolgens is er aandacht voor de mogelijkheid van het aanpassen van het contract aan veranderde omstandigheden (zoals persoonlijke omstandigheden) door middel van uitleg, aanvulling en gedeeltelijk buiten toepassing laten van de overeenkomst (par. 8.2.3). De door de wetgever voorziene regeling voor aanpassing van het contract aan onvoorziene omstandigheden wordt behandeld in par. 8.2.4. Daarna komen nog aan de orde een eventuele plicht om opnieuw te onderhandelen (par. 8.2.5) en de mogelijkheid van vernietiging van de overeenkomst omdat de verandering van omstandigheden aan het licht heeft gebracht dat er misbruik is gemaakt van omstandigheden, zoals economische afhankelijkheid (par. 8.2.6). Ook al brengt het contract een bepaalde verplichting mee, dan kunnen de gevolgen van het niet-nakomen daarvan beperkt zijn, omdat met succes een beroep gedaan kan worden op overmacht (par. 8.2.7). Voorts wordt behandeld welke mogelijkheden er zijn om persoonlijke belangen mee te wegen als

¹ Vgl. Konijn 1999, hoofdstuk 1.

het gaat om de beëindiging van duurovereenkomsten (par. 8.4). Ten slotte wordt de risicoverdeling in het gewone contractenrecht vergeleken met de risicoverdeling in het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht (par. 8.5) en volgt een conclusie (par. 8.6).

8.2 Persoonlijke belangen en de gebondenheid aan het contract

8.2.1 Contractvrijheid als uitgangspunt?

Contractvrijheid en het beginsel van gebondenheid aan het contract² zijn van groot belang in het systeem van het contractenrecht.³ Ter onderbouwing of verklaring hiervoor wordt vaak gewezen op het belang van de vrijheid van de persoon om zich te ontplooiën in het maatschappelijk (economisch) verkeer.⁴ Contractvrijheid en gebondenheid aan het contract kunnen voorts niet alleen gerechtvaardigd worden door het ideële belang van onderhandelingsvrijheid zelf, maar ook door de economische efficiëntie die daarvan verwacht wordt, bijvoorbeeld door het bieden van rechtszekerheid.⁵ Door de centrale rol van contractvrijheid en het beginsel van gebondenheid aan het contract, schept het contractenrecht als het ware een stevige en tegelijkertijd terughoudende rol van de staat in het economisch verkeer. Stevig, omdat het afdwingen van afspraken tussen particulieren op overheidssteun kan rekenen – desnoods met de sterke arm van de wet – tegen relatief lage kosten. Terughoudend, omdat de wetgever en de rechter in beginsel niet ingrijpen in hetgeen door partijen in vrijheid is aanvaard. Het uitgangspunt dat het contract maatgevend is voor hetgeen tussen partijen geldt, zorgt voor de neutraliteit die naar veronderstelling ten grondslag ligt aan het systeem van het algemene contractenrecht. De wetgever en rechter maken immers inhoudelijk geen rangorde van belangen; zij sluiten in beginsel aan bij de belangenafweging die partijen voor zichzelf hebben gemaakt en waaraan zij zich hebben gebonden.

Het verabsoluteren van de beginselen van contractvrijheid en gebondenheid aan het contract maakt echter een karikatuur van het contractenrecht. Er is geen periode aan

2 Er wordt niet altijd een duidelijk onderscheid tussen deze twee beginselen gemaakt. Mijns inziens is het zinvol een onderscheid te maken tussen contractvrijheid en het beginsel van gebondenheid aan het contract. Contractvrijheid staat voor de vrijheid om te onderhandelen en afspraken te maken met wie en waarover men wil. Het beginsel van gebondenheid aan het contract staat voor de verplichting zich aan de gemaakte afspraken te houden. Zie bv. Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 41, 50, 55; Jansen 2003a, p. 134.

3 Vgl. o.a. Hartlief e.a. 1999, p. 1; Timmerman 2008 ("Contractvrijheid is de natuurlijke toestand van het privaatrecht"); Sieburgh 2004, p. 16, die echter kritisch is over de neiging contractvrijheid aan te wijzen als het (enige) fundamentele beginsel van het contractenrecht.

4 Deze belangen worden zo gewichtig geacht, dat men zich afvraagt of het niet als grondrecht moet worden aangemerkt. Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 58; Smits 2003, p. 29; Alkema 1999, p. 45. Anderen menen echter dat grondrechten in het privaatrecht nu juist de strekking hebben een tegenwicht te bieden tegen de werking van contractvrijheid en gebondenheid aan het contract. Zie Dommering 1982, p. 20; zie over de werking van grondrechten in het privaatrecht verder hoofdstuk 14.

5 Hartkamp en Sieburgh plaatsen de ontwikkeling van de opmars van de beginselen van contractvrijheid en gebondenheid aan het contract in de context van het feit dat economen sinds de verlichting waren gaan pleiten voor vrijheid van het individu in het economisch verkeer, en leggen een verband met de in het economisch verkeer vereiste rechtszekerheid. Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 49-50; no. 55.

te wijzen in de geschiedenis van het moderne contractenrecht, waarin die regels onverkort opgingen.⁶ Er is altijd – in wisselende mate – ruimte geweest voor het ingrijpen in de verhoudingen tussen partijen, bijvoorbeeld op grond van de redelijkheid en billijkheid. Een uitdrukking daarvan vormt bijvoorbeeld de bekende formule uit het arrest *Baris/Riezenkamp*, inhoudende dat partijen rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.⁷ Dit geeft de rechter als het ware ruimte om te bepalen dat er belangen zijn van de ene partij waarmee de andere partij rekening moet houden, ook al hebben partijen dit niet afgesproken. Ook is er ruimte om rekening te houden met de bij het geval betrokken algemene belangen.⁸ De toename van het aantal regels waarin een partij verplicht wordt om rekening te houden met de belangen van de tegenpartij of met maatschappelijke belangen, wordt wel aangeduid als de ‘vermaatschappelijking van het privaatrecht’.⁹ In recente literatuur wordt het ook besproken als de wisselwerking tussen ‘autonomie en solidariteit’.¹⁰ Niet zelden ziet de inbreuk op de contractvrijheid en het beginsel van gebondenheid aan het contract namelijk op de bescherming van een zwakkere partij, hetgeen gezien kan worden als een uitdrukking van solidariteit.¹¹ Vanwege het dwangkarakter van die solidariteit wordt dit gegeven ook wel aangeduid als paternalisme.¹² De contractvrijheid of het beginsel van partijautonomie kan derhalve worden aangewezen als (slechts) één van de fundamentele vertrekpunten van het contractenrecht. Het solidariteitsbeginsel of de bescherming van zwakke partijen wordt blijkens het voorgaande vaak als tegenpool van contractvrijheid benoemd. Ook het poneren van twee tegenovergestelde beginselen is echter niet altijd een adequate manier om het contractenrecht te beschrijven. Er zijn nog meer beginselen denkbaar die een rol kunnen spelen. Een volgend fundamenteel beginsel dat geregeld wordt genoemd is bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel.¹³ Daar kunnen naar veronderstelling nog meer beginselen aan worden toegevoegd, die onderling niet hiërarchisch gerangschikt hoeven worden.¹⁴ Het recht kent ook op het gebied van het contractenrecht immers vele open normen, die ruimte bieden voor de doorwerking van een meervoud aan beginselen.

In het navolgende ben ik in de beschrijving van het systeem van het gewone contractenrecht, niettemin vooral geïnteresseerd in de rol van het beginsel van gebondenheid aan het contract ten opzichte van de rol van het beginsel, dat men rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, nadat

6 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 52; Jansen 2003a, p. 135.

7 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (*Baris/Riezenkamp*). De uitspraak ging over mededelings- en onderzoeksplichten bij dwaling, maar vormt mede grondslag voor het leerstuk van de ‘afgebroken onderhandelingen’. Asser/Hijma 2007 (5-I), no. 159.

8 Zie art. 3:12 BW; vgl. Dommering 1982.

9 O.a. Dommering 1982, p. 9; de term is voor het eerst gebruikt door J. Valkhoff in ‘Een eeuw rechtsontwikkeling’ uit 1949.

10 Hesselink e.a. 2003.

11 Vgl. Huls 1999; Hondius 1999; Lindenbergh 1999; o.a. Keirse 2009 gebruikt de aanduiding ‘fraternalisme’.

12 Vgl. Nieuwenhuis 2009.

13 Bv. Nieuwenhuis 1979, p. 66; Sieburgh 2004, p. 19.

14 Sieburgh 2004, p. 20. Zie voor een opsomming van beginselen of waarden die in de arbeidsrechtelijke literatuur worden genoemd, hoofdstuk 10.

de overeenkomst is gesloten. Dit laatste lijkt namelijk op de situatie in het arbeidsrecht, waarin de werkgever rekening moet houden met persoonlijke omstandigheden van de werknemer, desnoods in afwijking van het contract met die werknemer. Zoals is gebleken in de voorgaande hoofdstukken, is dat in ieder geval in het arbeidsrecht tot op zekere hoogte het geval voor wat betreft de belangen van een werknemer met zorgtaken.

Om een indruk te krijgen van de ruimte die de rechter in potentie heeft om de ene partij op te leggen, dat hij rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, houd ik niet alleen rekening met gevallen waarin precies die zinsnede voorkomt.¹⁵ Ik kijk daarnaast naar de vraag, hoeveel discretionaire bevoegdheid de rechter heeft bij de toepassing van bepaalde centrale leerstukken. Die ruimte kan hij namelijk gebruiken om een belangenafweging te maken. Hoe groter die ruimte, hoe meer rekening hij zou kunnen houden met de gerechtvaardigde (persoonlijke) belangen van een bepaalde partij, in afwijking van of in aanvulling op wat partijen daarover vermoedelijk voor ogen stond. Opgemerkt moet worden, dat de discretionaire ruimte van de rechter net zo goed gebruikt kan worden om andere belangen en beginselen tot uitdrukking te brengen, dan het beginsel dat men rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.¹⁶ De beschrijving van het systeem van het contractenrecht, alsof het gaat om de oppositie van het beginsel van gebondenheid aan het contract versus het beginsel dat men rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, is derhalve een simplificatie van dat systeem. Deze simplificerende beschrijving dient er toe een overzicht te geven van een systeem dat min of meer neutraal is als het gaat om de afweging tussen persoonlijke belangen en andere belangen, zoals ondernemingsbelangen of maatschappelijke belangen. Het arbeidsovereenkomstenrecht kan vervolgens worden vergeleken met dit neutrale systeem, om te zien in hoeverre hiervan wordt afgeweken ten gunste van persoonlijke belangen van de werknemer, of ten gunste van andere belangen.

8.2.2 *Nakoming en de gevolgen van niet-nakoming*

Een overeenkomst moet worden nagekomen. Zo niet, dan is de tekortschietende partij in beginsel aansprakelijk wegens een toerekenbare tekortkoming ofwel wanprestatie (art. 6:74 BW). De wederpartij kan dan kiezen tussen een vordering tot nakoming van de overeenkomst, en daarnaast schadevergoeding (art. 6:74 lid 1

15 De verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij komt voor in: HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (*Baris/Riezenkamp*); HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (*Vodafone*).

16 Ik probeer de ruimte voor een rechterlijke belangenafweging in kaart te brengen, in het bijzonder wat betreft de gevolgen van een wijziging van omstandigheden die niet in de overeenkomst is voorzien, na het sluiten van een overeenkomst. Aanwijzingen in de wet, de parlementaire geschiedenis en van de Hoge Raad aangaande deze ruimte worden weergegeven, alsmede opvattingen daarover in de doctrine. Echter, welk gebruik de rechter in de praktijk doorgaans van die ruimte maakt, is niet onderzocht.

BW), ofwel tot vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW), ofwel tot ontbinding van de overeenkomst en vergoeding van zijn schade (art. 6:256 BW).¹⁷ In het geval van een wederkerige duurovereenkomst kan de wederpartij van een tekortkomende partij zich bevrijden van zijn eigen verplichtingen, door de overeenkomst op te schorten of (eventueel gedeeltelijk) te ontbinden.¹⁸

In beginsel moet een overeenkomst kortom worden nagekomen, bij gebreke waarvan de crediteur een aantal remedies heeft. Op dit beginsel zijn diverse uitzonderingen, die hierna aan de orde komen. Op deze plaats wil ik aandacht besteden aan de vraag, in hoeverre de crediteur bij zijn keuze voor bepaalde remedies, rekening moet houden met de belangen van de wederpartij, althans in hoeverre de rechter kan bepalen, dat hij dat moet.

Bij de keuze tussen nakoming of vervangende schadevergoeding is de crediteur volgens de Hoge Raad gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen.¹⁹ Van het gewicht van die belangen ten opzichte van het belang van de crediteur moet men zich echter niet te veel voorstellen. Zo hoeft niet komen vast te staan dat de crediteur bij zijn keuze voor nakoming of schadevergoeding een zwaarwichtig belang heeft, noch hoeft dat belang te worden afgewogen tegen het belang van de debiteur.²⁰ Daarom kan aangenomen worden dat de belangen van de wederpartij alleen in uitzonderingsgevallen inbreuk kunnen maken op de keuzevrijheid van de crediteur tussen nakoming of schadevergoeding in geval van een toerekenbare tekortkoming. Als de crediteur kiest voor ontbinding hoeft hij met de belangen van de wederpartij al helemaal nauwelijks rekening te houden. Weliswaar dient de tekortkoming de ontbinding te rechtvaardigen (art. 6:265 lid 1 BW), maar aan deze restrictie wordt een beperkte toepassing gegeven.²¹ Bij een toerekenbare tekortkoming hoeft de crediteur in het algemene contractenrecht in zijn keuze voor remedies kortom nauwelijks rekening te houden met de belangen van de wederpartij.²²

17 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), no. 380. Vervangende schadevergoeding kan door de rechter ook worden vastgesteld op het leveren van een alternatieve prestatie (schadevergoeding in natura), zie Asser/Hartkamp en Sieburgh 2009 (6-II*), no. 21, en art. 6:103 BW.

18 In het algemene contractenrecht blijft men in beginsel tot nakoming gehouden totdat men formeel opschort of ontbindt wegens wanprestatie. Het opschortingsrecht bestaat echter niet bij blijvende onmogelijkheid tot nakoming, zoals bij het verstrijken van de voor de nakoming bepaalde tijd. Bij duurovereenkomsten kan een oplossing gevonden worden in gedeeltelijke ontbinding. Vgl. Van Slooten 1999, p. 178.

19 HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), r.o. 3.5.

20 In HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (*Multi Vastgoed/Nethou*) oordeelde het hof dat nakoming, bestaande uit het opnieuw aanbrengen van gevelbeplating van een kantoorgebouw wegens corrosie, te vergen was omdat de deugdelijkheid van de gevelbeplating gegarandeerd was, zonder daarbij te willen onderzoeken hoe ontsierend of schadelijk die corrosie was. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand.

21 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005; o.a. HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 m.nt. JMBV; RvdW 2000, 44c (Mol/Meijer Beheer BV); NJ 2007, 343 (Fisser/Tycho). Zie voor een pleidooi voor een grotere rol voor een belangenafweging o.a. Hammerstein en Vranken 2003, p. 58. Zie voor verdere verwijzing naar literatuur Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 685.

22 Vgl. het onderzoek van Stolp 2007. Zij constateert dat het proportionaliteitsbeginsel (dat wil zeggen de afweging van de belangen van beide partijen) een vangnetfunctie vervult bij wanprestatie voor zeer zeldzame gevallen (par. 12.12).

Een bijzondere vorm van niet-nakoming is die van het schuldeisersverzuim. Omdat het arbeidsrecht hiervoor een bijzondere regeling biedt in de vorm van art. 7:628 BW, wordt ook in dit hoofdstuk aandacht besteed aan deze figuur. Het op toerekenbare gronden niet laten verrichten van overeengekomen werkzaamheden door de wederpartij kan benoemd worden als schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW e.v.). Van schuldeisersverzuim kan sprake zijn als de afwikkeling van de verbintenis niet mogelijk is zonder medewerking van de schuldeiser. De medewerking van de schuldeiser kan, maar hoeft niet contractueel verplicht te zijn.²³ Aangenomen wordt, dat voor het intreden van schuldeisersverzuim, de schuldenaar tot de prestatie in staat en gereed moet zijn, althans voor zover dat zonder de medewerking van de schuldeiser mogelijk was. Het moet in beginsel aan de schuldeiser liggen, dat de prestatie niet verricht kan worden.²⁴ De schuldeiser in verzuim van een wederkerige overeenkomst blijft zijnerzijds tot nakoming gehouden van zijn prestaties, ook al verricht de wederpartij door toedoen van de schuldeiser zijn prestatie niet.²⁵ Hij kan zich van nakoming niet door ontbinding of opschorting bevrijden.²⁶ Dat betekent dus dat een verzuimende schuldeiser de overeengekomen vergoeding moet betalen, ook al worden de daartegenover overeengekomen prestaties niet verricht.

8.2.3 *Uitleg, aanvulling en gedeeltelijk buiten toepassing laten van de overeenkomst*

De plicht, de overeenkomst na te komen, is de primaire verplichting van partijen zodra de overeenkomst is gesloten. Komt men deze plicht niet na, dan heeft de wederpartij allerlei remedies. Daarom is het uiteraard van belang hoe kan worden vastgesteld welke rechten en plichten het contract meebrengt. In het kader van dit onderzoek staat daarbij centraal de vraag, hoeveel 'discretionaire' ruimte²⁷ de rechter heeft, om in de vaststelling van wat het contract aan verplichtingen meebrengt, de gerechtvaardigde belangen van partijen te verdisconteren.

Die ruimte is ontegenzeggelijk aanwezig. De overeenkomst kan ten eerste zo uitgelegd worden, dat de overeenkomst wordt geacht impliciet een regeling te bevatten voor bepaalde persoonlijke omstandigheden. De overeenkomst moet namelijk uitgelegd worden mede aan de hand van de redelijkheid en billijkheid, en die kan meebrengen

23 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nrs. 291-292. De aanduiding 'schuldeisersverzuim' kan verwarring wekken omdat dit suggereert dat er sprake is van het niet-nakomen van een verplichting. Dat kan wel (zie art. 6:59 BW) maar hoeft niet zo te zijn (art. 6:58 BW). Als het een contractuele verplichting is, zijn (ook) de gewone regels bij tekortkoming van toepassing.

24 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 294; TM Parl. Gesch. Boek 6, p. 224.

25 HR 8 november 1918, NJ 1918, 1242 ('er is een beginsel bij wederkerige overeenkomsten dat enerzijds de schuldeiser als regel niet verplicht is de hem verschuldigde prestatie aan te nemen, doch anderzijds zijn weigering haar aan te nemen zijn verbintenis tot het verrichten van de tegenprestatie onverlet laat'); HR 17 juni 1949, NJ 1949, 544 (AKU/Stalen Steiger, alleen bij toerekenbaar verzuim, niet bij overmacht). Vgl. Van Slooten 1999, p. 188.

26 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 305; vgl. art. 6:54 sub a BW en art. 6:266 lid 1 BW.

27 Zie voor die term Peletier 1999, par. 1.2.

dat men rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.²⁸ Een tweede ingang die ruimte biedt voor een belangenafweging door de rechter, is de mogelijkheid een geconstateerde leemte in de overeenkomst naar redelijkheid aan te vullen. De overeenkomst heeft immers niet alleen de door partijen overeengekomen gevolgen, maar ook die welke, naar de aard der overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (art. 6:248 lid 1 BW). Gelet op art. 3:12 BW kunnen ook de bij het geval betrokken persoonlijke belangen daarbij een rol spelen. Ten derde kan de rechter desgevraagd expliciete afspraken buiten toepassing laten, omdat ongewijzigde nakoming in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).²⁹ Ten slotte is er de wettelijke voorziening van de wijziging van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden (6:258 BW), die hierna apart zal worden behandeld (par. 8.2.4). Daarna komt ook nog aan de orde de heronderhandelingsplicht (par. 8.2.5) en een beroep op misbruik van economische afhankelijkheid (par. 8.2.6).

Bij de uitleg, aanvulling en het gedeeltelijk buiten toepassing laten van de overeenkomst heeft de rechter een zekere discretionaire ruimte.³⁰ Hij kan daarvan gebruik maken om de rechten en verplichtingen van partijen (de facto) aan te passen aan veranderde omstandigheden van één van beide partijen. De vraag is, hoe groot de ruimte daarvoor is. De mogelijkheden die art. 6:248 lid 2 BW biedt, worden in ieder geval beperkt opgevat. Expliciete regels in de overeenkomst kunnen slechts bij uitzondering komen te vervallen, zo blijkt al uit het 'onaanvaardbaarheids criterium' van art. 6:248 lid 2 BW.³¹ Ook voor aanvulling van de overeenkomst is het de bedoeling dat de rechter dicht bij de bewoordingen in het contract en de kennelijke bedoeling van partijen blijft.³²

In de uitleg van de overeenkomst schuilt mogelijk nog wel de meeste ruimte voor de rechter om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van een partij,

28 HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (*Vodafone*). Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 74, 266; Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 362 e.v. en Konijn 1999, p. 229-233.

29 Vgl. Stolp 1999, p. 502-503, met verwijzing naar literatuur: de grondslag van art. 6:248 lid 2 BW is het beginsel dat men bij het uitoefenen van een bevoegdheid tot op zekere hoogte rekening moet houden met de belangen van anderen die erbij zijn betrokken.

30 De afbakening tussen uitleg, aanvulling of gedeeltelijk vervallen van een afspraak is overigens niet altijd kristalhelder. Sommigen rekenen ook de aanvulling van de overeenkomst tot de uitleg ervan (de 'normatieve uitleg', bijvoorbeeld Van Dunné), maar dit wordt niet algemeen aanvaard, zie Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 364. Het ogenschijnlijk strengere criterium voor art. 6:248 lid 2 BW kan soms omzeild worden door het probleem anders te formuleren (zie ook Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 407). Voor mijn doeleinden is dit onderscheid tussen normatieve uitleg, aanvulling of wijziging niet van wezenlijk belang, zodat ik het hier verder buiten beschouwing laat.

31 Vgl. o.a. HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 m.nt. CJHB (*Matatag/De Schelde*); HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (*GTI/Zürich*); HR 27 april 2007, NJ 2007, 262 (*Intrahof/Bart Smit*). Vgl. voor de terughoudende toetsing ook Stolp 1999, p. 513: er is geen sprake van een volledige belangenafweging; pas bij grote onevenredigheid van belangen is er plaats voor toepassing van dit artikel.

32 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 969; HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (*Briljant Schreuders/ABP*): 'redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe'; HR 21 maart 2003, NJ 2003, 591 m.nt. JBMV.

zoals diens veranderde persoonlijke omstandigheden. Het is een gegeven dat de uitleg van de in een contract gebruikte termen niet los gezien kan worden van de betekenis van die termen in de maatschappelijke context waarin het geval geplaatst moet worden.³³ Interpretatie van een contract zal dus in veel gevallen een zekere inkleuring van de rechten en verplichtingen van partijen meebrengen. Het bestaan van deze interpretatieruimte is in de rechtspraak van de Hoge Raad met zoveel woorden erkend in het *Haviltex*-arrest.³⁴ Volgens dit arrest komt het bij de uitleg van een beding in een overeenkomst aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.³⁵ Er zijn verschillende gezichtspunten die bij de uitleg van een contractsbepaling aan de hand van het *Haviltex*-criterium een rol kunnen spelen: tekst en context van de betrokken bepaling, de totstandkomingsgeschiedenis, het gebruik, de hoedanigheid en/of deskundigheid van partijen, de wet, de zorgvuldigheid en de redelijkheid en billijkheid.³⁶ Gelet op deze opsomming is aannemelijk dat de uitleg ook beïnvloed kan worden door een inkleuring van over en weer van partijen redelijkerwijs te verwachten solidariteit met elkaars belangen.

Bij uitleg van de overeenkomst bestaat in die zin ruimte om gewijzigde omstandigheden van partijen te verdisconteren, bijvoorbeeld in het kader van de te verwachten solidariteit met elkaars belangen.³⁷ De belangen van partijen worden in het kader van uitleg van de overeenkomst echter niet openlijk tegen elkaar afgewogen. De rechter stelt immers slechts vast wat in redelijkheid hetgeen is wat partijen hebben afgesproken. De 'juridische fictie' dat het contract maatgevend is, wordt op deze manier behouden. De onderbouwing van een bepaalde uitleg of aanvulling zal daarom niet bestaan uit een openlijke afweging van de belangen van partijen ten tijde van het ontstaan van het geschil, maar uit een toelichting op hetgeen partijen op grond van de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in redelijkheid van elkaar konden verwachten. Ik stel dit met enige nadruk, omdat zoals nog zal blijken in par. 9.3.2, in arbeidsrechtelijke jurisprudentie wel openlijk een belangenafweging kan worden gemaakt bij verandering van omstandigheden, zodat een dergelijke 'uitleg' constructie niet nodig is.

Overigens kan nog gewezen worden op een aantal arresten volgens welke de ruimte voor uitleg van de overeenkomst is beperkt. De letterlijke bewoordingen van het

33 In navolging van Sieburgh 2004, p. 41 kan dit worden benoemd als een uitdrukking van het vertrouwensbeginsel: men moet zijn vertrouwen omtrent de betekenis van een bepaalde afspraak tevens ontleenen aan de betekenis van die afspraak in een bepaalde maatschappelijke context, waarbij tevens de wenselijkheid van die betekenis in het licht van het algemeen belang een rol kan spelen.

34 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635, r.o. 2.

35 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635, r.o. 2.

36 Vgl. Van den Broek 2002, p. 430-435.

37 Wellicht daarom wordt het *Haviltex*-arrest, net als de uitspraak *Baris/Riezenkamp*, wel aangemerkt als 'soft'. Vgl. Hartlief 2007; Huls 1999, p. 401.

contract zijn volgens deze uitspraken in beginsel leidend. Slechts in uitzonderingsgevallen kan in die letterlijke bewoordingen een andere uitleg worden gelezen.³⁸ Deze uitspraken gelden voor 'commerciële partijen'.³⁹ Daarmee denkt men vermoedelijk aan rechtspersonen of aan natuurlijke personen die een contract beroepshalve sluiten. De partijen bij het contract zullen bovendien ten opzichte van elkaar gelijkwaardig zijn. Hieruit kan, a contrario, worden opgemaakt dat er meer ruimte is voor het verdisconteren van persoonlijke omstandigheden in de uitleg van de overeenkomst, in gevallen waarin er geen sprake is van een gelijkwaardige relatie tussen commerciële partijen.

8.2.4 Onvoorziene omstandigheden

Er is blijkens het voorgaande sprake van terughoudendheid als het gaat om het gebruik van discretionaire bevoegdheid door de rechter bij de vaststelling van de verplichtingen van contractspartijen, zij het dat die terughoudendheid bij uitleg wellicht minder groot is. De terughoudendheid bij aanpassing van het contract aan veranderde omstandigheden door de rechter is in ieder geval wel sterk terug te vinden bij de regeling die expliciet bedoeld is om aanpassingen aan gewijzigde omstandigheden mogelijk te maken, namelijk de regeling van wijziging van de overeenkomst door de rechter bij onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW).⁴⁰ De zogeheten *imprévision*-regeling biedt een mogelijkheid om uitdrukking te geven aan de gedachte dat partijen bij een overeenkomst de verplichting hebben om rekening te houden met elkaars (persoonlijke) belangen. Toepassing van deze regeling kan echter alleen in uitzonderingsgevallen tot wijziging van de overeenkomst leiden. Voor een succesvol beroep op dit artikel is vereist dat zich na het sluiten van de overeenkomsten onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan die van zodanig ingrijpende aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten (art. 6:258 lid 1 BW). Alle soorten omstandigheden kunnen in beginsel tot wijziging leiden, inclusief *privé*omstandigheden.⁴¹ Omstandigheden zijn 'onvoorzien', als ze niet verdisconteerd zijn in de overeenkomst.⁴² Om uit te maken wanneer dat zo is, moet niet teveel geabstraheerd worden van de omstandigheden van het geval.⁴³ Wel moeten de omstandigheden zo ingrijpend zijn, dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en

38 O.a. HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 169 m.nt. HJS; HR 19 januari 2007 *NJ* 2007, 575 (*PontMeyer*).

39 Schelhaas 2008; Hartlief 2007; Veenstra 2009.

40 Voor zover het door de debiteur gewenste resultaat bestaat uit het vervallen van een regel in de overeenkomst, kan mogelijk zowel buitengerechtelijk een beroep op art. 6:248 BW als in rechte een beroep op art. 6:258 BW worden gedaan. Zie HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 602, r.o. 3.4; Abas 2000, p. 249-251. In de praktijk zullen de verschillen niet zo'n grote rol spelen, met name niet als men toch een rechtszaak aanhangig maakt.

41 Zie Konijn 1999 p. 226; Royer 1972, p. 519 e.v.; Abas 1989, p. 217.

42 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 973.

43 Parl. Gesch. Boek 6, p. 971 en 973. Zie ook HR 10 september 1993, *NJ* 1996, 3; HR 10 augustus 1994, *NJ* 1994, 688; vgl. Konijn 1999, p. 233.

billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.⁴⁴ Voorop staat dat het bij uitzonderingen moet blijven en dat het artikel zeer terughoudend toegepast moet worden.⁴⁵ Lid 2 geeft nadere beperkingsgronden voor die terughoudende toepassing. In dit lid wordt bepaald, dat een wijziging of ontbinding niet wordt uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich er op beroept.⁴⁶ Een voorbeeld van een overeenkomst die naar zijn aard niet gewijzigd kan worden is de vaststellingsovereenkomst.⁴⁷ Een voorbeeld van een beperkende verkeersopvatting is dat omstandigheden waaraan men zelf schuld heeft, voor iemands rekening dienen te blijven.⁴⁸

De terughoudende toepassing van de *imprévision* brengt mee, dat de verzoekende partij een zware bewijslast heeft om aan te tonen dat zijn belang aanpassing van de overeenkomst rechtvaardigt. Het belang van de wederpartij bij ongewijzigde nakoming hoeft daarentegen in beginsel niet te worden toegelicht. Ook uit de bewijslastverdeling blijkt, dat het beginsel van de gebondenheid aan het contract in principe prevaleert boven een eventuele plicht om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Uit overzichten van rechtspraak over deze bepaling blijkt dat deze dan ook maar zeer zelden met succes werd ingeroepen, zeker voor wat betreft zakelijke overeenkomsten.⁴⁹

Een uitzondering op de terughoudende toepassing kan wellicht aangenomen worden voor de ontbinding van duurovereenkomsten. De Hoge Raad heeft het artikel toegepast in een duurovereenkomst met een free-lance journalist.⁵⁰ De Hoge Raad stelde in dit arrest de (ruimhartig toegepaste) ontbinding in het arbeidsrecht op grond van art. 7:685 BW, op één lijn met de ontbinding van de overeenkomst met de journalist op grond van art. 6:258 BW. Dit kan gelezen worden als een ruime toepassing van de ontbinding van een duurovereenkomst op grond van gewijzigde omstandigheden. In een ander arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat bij de vraag of een werkgarantie ingetrokken kan worden met een beroep op gewijzigde

44 Van ingrijpende omstandigheden spreekt men volgens de parlementaire geschiedenis bij aan overmacht grenzende gevallen, waarbij nakoming zeer bezwaarlijk is, echter zonder dat de debiteur verhinderd is om na te komen. Het kan ook gaan om een ernstige verstoring van de waardeverhouding tussen twee prestaties. Ten slotte kan het gaan om omstandigheden waardoor de overeenkomst haar zin verliest doordat het doel dat partijen er mee hadden, is bereikt of onbereikbaar is geworden. Parl. Gesch. Boek 6, p. 969.

45 Parl. Gesch. Boek 6, p. 974, en o.a. HR 27 april 1984, NJ 1984, 679 en HR 20 februari 1998, NJ 1998/493.

46 De betekenis van deze beperkingsgrond is niet onmiddellijk duidelijk. Bedoeld zal zijn: voor rekening blijven van degene die zich er op beroept, want de reden dat iemand zich er op beroept zal nu juist meestal zijn dat die omstandigheden op bezwaarlijke wijze voor zijn rekening komen in de vigerende overeenkomst. Volgens de (summiere) toelichting op lid 2 in de parlementaire geschiedenis is dit lid dan ook niet meer dan een uitwerking van de rol van de redelijkheid en billijkheid in lid 1 (Parl. Gesch. Boek 6, p. 970).

47 HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685.

48 Vgl. HR 1 juni 1990, NJ 1996, 53 (*Donkelaar/Unigro*).

49 Vgl. Peletier 1999, p. 106; Bakker en De Groot 2009.

50 HR 8 november 1996, NJ 1997, 217 (*Sijthoff/Ouwerkerk*). Zie met name r.o. 3.4. Zie Jansen en Loonstra 1997, p. 1074-1078.

omstandigheden, rekening gehouden moet worden met het feit dat partijen een dynamische overeenkomst voor ogen hadden,⁵¹ hetgeen bij een duurovereenkomst vaak het geval zal zijn.⁵² Deze arresten gaan over de beëindiging van duurovereenkomsten. Ze geven mijns inziens onvoldoende grondslag om voor duurovereenkomsten ook af te wijken van de hoofdregel, dat wijziging van de inhoud van de overeenkomst slechts in uitzonderingsgevallen mogelijk is. Mogelijk is alleen ontbinding gemakkelijker. Ik stel dit wederom met enige nadruk omdat de wijziging van de inhoud van overeenkomsten in het arbeidsrecht het laatste decennium tot bijzondere rechtspraak en aandacht daarvoor in de literatuur heeft geleid (zie par. 9.3.2).

De omstandigheden die tot wijziging van de overeenkomst kunnen leiden moeten blijkens het voorgaande uitzonderlijk zijn. De 'normale' bedrijfsrisico's zullen meestal niet tot die uitzonderingsgevallen behoren. Dat geldt vermoedelijk ook voor de meeste persoonlijke omstandigheden. Veel persoonlijke omstandigheden die ongewijzigde nakoming bezwaarlijk maken, zijn immers juist niet zeer uitzonderlijk, zoals ziekte of zorgverplichtingen. Bovendien heeft men voor zorgverplichtingen soms zelf 'gekozen', zodat betoogd kan worden dat die keuze volgens verkeersopvattingen voor eigen risico van de partij zelf moet blijven. Ook dat lijkt een ruime toepassing van het recht op wijziging op grond van persoonlijke omstandigheden in de weg te staan. In lagere arbeidsrechtelijke jurisprudentie zijn zorgverplichtingen dan ook door de meeste rechters met een beroep op art. 6:258 lid 2 BW aangemerkt als omstandigheden die niet tot wijziging van de overeenkomst kunnen leiden (par. 4.6.1). In het overmacht-leerstuk maakt men in de doctrine een uitzondering voor natuurlijke personen (zie hierna, par. 8.2.7). Die uitzondering zou ook gemaakt kunnen worden in het *imprévision*-leerstuk, bijvoorbeeld door bij persoonlijke omstandigheden niet de vraag te stellen of ze zeer uitzonderlijk zijn, en schuld niet in aanmerking te nemen, maar slechts te beoordelen of de persoon er een gerechtvaardigd belang bij heeft. Voor zover mij bekend geven positief recht noch doctrine echter aanwijzingen dat die uitzondering gemaakt wordt of moet worden buiten het arbeidsrecht.

8.2.5 Heronderhandelingsplicht

De partij die te maken krijgt met veranderde omstandigheden, zou in plaats van het vragen om een specifieke uitleg, aanvulling, gedeeltelijk buiten toepassing laten of

51 HR 10 juli 1989, *NJ* 1989, 786 (*FNV/Campina*): bij een beroep op verandering van omstandigheden moet rekening worden gehouden met het dynamisch karakter van de (onderhavige) overeenkomst, omdat partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet een 'starre, onwrikbare overeenkomst hebben beoogd' maar 'hebben geopteerd voor een meer dynamische benadering.' Het ging in dat geval om een convenant tussen vakbonden en Campina inzake werkgelegenheidsbehoud.

52 Ik zie het element van de duurovereenkomst als onderscheidend in zowel *Sijthoff/Ouwerkerk* als *FNV/Campina*, en niet het feit dat het ging om een overeenkomst inzake de tewerkstelling van natuurlijke personen. De ratio van de regel, dat ontbindingsmogelijkheden ruimer zouden zijn als de wederpartij een natuurlijke persoon is, zou bij eenmalige transacties immers niet begrijpelijk zijn.

wijziging van het contract aan de rechter, ook kunnen stellen dat de wederpartij in redelijkheid en billijkheid verplicht is opnieuw met hem te onderhandelen om de gevolgen van de verandering van omstandigheden in de overeenkomst te verdisconteren. Een succesvol beroep op deze verplichting zou kunnen worden aangemerkt als uiting van het beginsel dat men rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, ten koste van de zogeheten negatieve contractvrijheid, dat wil zeggen de vrijheid om niet te onderhandelen. In het arbeidsrecht is aan deze heronderhandelingsverplichting in jurisprudentie een ruime toepassing gegeven (zie par. 9.3.2). Daarom wordt ook hier aandacht besteed aan deze verplichting in het gewone contractenrecht.

Een heronderhandelingsverplichting bij gewijzigde omstandigheden kan gebaseerd worden op art. 6:248 lid 1 of lid 2 BW.⁵³ Ter ondersteuning kan gewezen worden op enkele uitspraken van de Hoge Raad, zoals de uitspraken volgens welke een verplichting kan bestaan om vergevorderde onderhandelingen niet af te breken, in het geval dit onder andere op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij dat een contract tot stand zou komen, onaanvaardbaar is.⁵⁴ Een verplichting om bij afloop van een duurovereenkomst opnieuw te onderhandelen kan volgens de Hoge Raad bovendien onder omstandigheden op grond van de redelijkheid en billijkheid bestaan, hoewel zulks niet kan voortvloeien uit het enkele feit dat er al een duurovereenkomst tussen partijen bestond of uit het feit dat de wederpartij een economische machtspositie heeft.⁵⁵

Hoewel het niet ondenkbaar is dat een heronderhandelingsplicht onder omstandigheden kan worden aangenomen, wordt het, ook gelet op deze aanknopingspunten in de rechtspraak van de Hoge Raad, aannemelijk geacht dat dat alleen in uitzonderlijke omstandigheden het geval zal zijn. Daarvoor zal bijvoorbeeld voldaan moeten zijn aan de criteria voor een succesvol beroep op *imprévision* (zie voor de strenge criteria hiervoor par. 8.2.4).⁵⁶

8.2.6 Misbruik van omstandigheden

Een laatste woord wil ik nog wijden aan het wilsgebrek misbruik van omstandigheden. Bij verandering van omstandigheden kan de ongewijzigde nakoming van de overeenkomst voor een partij namelijk dermate belastend zijn, dat dit aan het licht kan brengen dat bij het sluiten van de overeenkomst sprake was van misbruik van economische afhankelijkheid. Vernietiging van de overeenkomst of een deel daarvan is dan in beginsel mogelijk. In de arbeidsrelatie is vaak sprake van economische afhankelijkheid van de werknemer. Daarom rijst de vraag aan welke voorwaarden

53 Hiervoor wordt gepleit door o.a. Van Beukering-Rosmuller 2006. Zij wijst op het feit dat zogenaamde 'hardship-clausules' (een heronderhandelingsplicht bij onvoorziene omstandigheden) gangbaar zijn in (internationale) commerciële contracten en in de Unidroit Principles (art. 6.2.3) en PECL (art. 6.111) worden erkend.

54 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 m.nt. CJHB (*Plas/Valburg*); zie voor het onaanvaardbaarheids criterium HR 12 augustus 2005, RvdW 2005, 93; NJ 2005, 467 (*Bouwtoezicht/JPO Projecten*).

55 Hoge Raad 8 april 2005, NJ 2005, 482 (*Agis/Apotheken*).

56 Vgl. Van Beukering-Rosmuller 2006; Peletier 1999, p. 147.

voldaan moet zijn voor toepassing van dit leerstuk. In par. 9.2.1 van het volgende hoofdstuk wordt bezien, hoe dit in het arbeidsrecht uitpakt.

Art. 3:33 BW stelt als eerste vereiste voor de totstandkoming van een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil. In geval van de wilsgebreken is die wil bij één van beide dan wel beide contractspartijen gebrekkig gevormd.⁵⁷ Voorbeelden van wilsgebreken zijn overeenkomsten tot stand gekomen door bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) of dwaling (art. 6:228 BW). De wilsgebreken vormen een grondslag voor een gehele of gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst.⁵⁸ Voor de debiteur die te kampen krijgt met veranderde omstandigheden, lijkt daarbij een beroep op art. 3:44 lid 4 BW inzake misbruik van omstandigheden kansen te bieden. Zoals gezegd kunnen veranderde omstandigheden namelijk de ongewijzigde voortzetting van de overeenkomst zo belastend maken, dat misbruik bij het sluiten van de overeenkomst aan het licht komt.

Voor een succesvol beroep op art. 3:44 lid 4 BW moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst, waardoor de wil gebrekkig gevormd wordt. Een van die omstandigheden is afhankelijkheid, en dat kan ook economische afhankelijkheid zijn.⁵⁹ Het tweede vereiste voor een succesvol beroep op art. 3:44 lid 4 BW is dat er sprake is van misbruik van die omstandigheden.⁶⁰ Van misbruik is sprake als een contractuele bepaling of een heel contract klaarblijkelijk onevenredig bevoordelend is voor de sterkere partij.⁶¹ Of dat zo is, zal met name bij economische afhankelijkheid, moeten blijken uit een afweging van de betrokken belangen. Om geen misbruik te maken van een sterkere onderhandelingspositie, moet een contractspartij dus zijn belangen afwegen tegen die van de zwakkere wederpartij.⁶²

Art. 3:44 lid 4 BW biedt derhalve op het eerste gezicht een mogelijkheid om de rechter (de facto) te verzoeken de belangen tussen partijen op een andere manier af te wegen dan zij zelf hebben gedaan toen zij de overeenkomst sloten. Wel moet bedacht worden dat dit leerstuk, gelet op de verzamelnaam 'wilsgebreken' tot een

57 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 208.

58 Art. 3:44 en 6:228 BW jo. art. 3:41 BW. Art. 3:41 BW bepaalt in het algemeen dat als een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling betreft, deze voor het overige in stand blijft, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, in onverbrekkelijk verband met het nietige deel staat.

59 Vgl. HR 2 november 1979, NJ 1980, 429 m.nt. CHJB.

60 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 267-270.

61 HR 2 november 1979, NJ 1980, 429 m.nt. CHJB. Voor een beroep op de in art. 3:44 en 6:228 BW vermelde vernietigingsgronden is niet vereist dat degene die zich daarop beroept, door het aangaan van de overeenkomst onder invloed van het wilsgebrek is benadeeld. HR 19 januari 2001, NJ 2001, 159 (Clemens/Schüring).

62 Vgl. Van Rossum en Schabos 2004, p. 881-887. Zij wijzen er op dat geen scherpe scheiding valt te maken tussen het leerstuk misbruik van omstandigheden en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, hoewel de eerste leidt tot (structurele) vernietiging van het bezwarende beding en de tweede tot het onder omstandigheden buiten toepassing blijven ervan.

uitdrukking van het beginsel van partijautonomie wordt gerekend.⁶³ Het is in die zin geen uitdrukking van het beginsel dat men rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Een succesvol beroep op misbruik van omstandigheden leidt dan ook niet tot een nieuw contract waarin de 'zwakke' partij wordt beschermd. Voor de correctie van het wilsgebrek moet aansluiting gezocht worden bij het onderhandelingsresultaat van soortgelijke partijen in 'normale' omstandigheden.⁶⁴ Dat resultaat kan zijn dat de overeenkomst niet zou zijn gesloten of dat de gewraakte bepaling komt te vervallen. De rechter kan in plaats van de vernietiging van de overeenkomst tevens op verlangen van een van beide partijen ter opheffing van het nadeel de gevolgen van de rechtshandeling wijzigen (art. 3:54 lid 2 BW). Volgens Hartlief dient de correctie van dit wilsgebrek zoveel mogelijk aan te sluiten bij de uitkomst die de onderhandelingen over een contract zouden hebben opgeleverd als dat wilsgebrek er niet geweest was.⁶⁵

Afgezien daarvan wordt misbruik van omstandigheden wegens economische afhankelijkheid niet snel aangenomen. Volgens Van Rossum kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid dat bij economisch overwicht niet spoedig sprake is van misbruik van omstandigheden, afgezien van gevallen van ongeoorloofde pressie.⁶⁶ In geval van disproportionaliteit tussen de belangen van de crediteur en van de debiteur kan volgens haar met meer succes een beroep worden gedaan op art. 6:248 lid 2 BW.⁶⁷

8.2.7 Overmacht

Aan een deel van de gevolgen van de niet-nakoming kan de schuldenaar ontsnappen door een succesvol beroep op overmacht. De keuze van remedies van de schuldeiser wordt bij niet-nakoming wegens overmacht beperkt. Daarom is van belang, onder welke voorwaarden een beroep op overmacht gedaan kan worden, en in hoeverre daarin rekening gehouden kan worden met het feit, dat de niet-nakoming is veroorzaakt door persoonlijke omstandigheden zoals bijvoorbeeld zorgverplichtingen.

Overmacht wil zeggen dat een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend (art. 6:74 lid 1 BW). Volgens art. 6:75 BW kan een tekortkoming de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Algemeen wordt bovendien aangenomen dat de tekortkoming moet worden veroorzaakt door een verhindering, dat wil zeggen dat de nakoming

63 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 209 stelt dat het leerstuk wordt beheerst door twee gedachten: enerzijds de aantasting van de vrije wil van een der handelende partijen, anderzijds het verkeersbelang voor de wederpartij en voor derden dat rechtshandelingen niet te snel kunnen worden vernietigd.

64 Hartlief 1999 p. 239-254.

65 Hartlief 1999 p. 239-254. Vgl. Tjittes 2009, p. 13 over de hypothetische partijbedoeling bij vernietiging wegens dwaling.

66 Van Rossum 1998, p. 33.

67 Van Rossum 1998, p. 81.

onmogelijk moet zijn.⁶⁸ Het gevolg van een succesvol beroep op overmacht is dat zolang de verhindering duurt, nakoming niet kan worden afgedwongen.⁶⁹ De tekortkoming kan de schuldenaar voorts niet worden toegerekend, zodat hij de schade als gevolg van zijn niet-nakoming niet hoeft te vergoeden (art. 6:74 lid 1 BW). Volgens boek 6 BW hoeft de wederpartij in geval van overmacht dan zijnerzijds ook zijn verplichtingen niet na te komen, mits hij een beroep doet op een opschortingsrecht (art. 6:262 BW) of de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbindt (art. 6:265 lid 1 BW). Bij zijn keuze voor ontbinding hoeft hij zoals vermeld niet of nauwelijks rekening te houden met de belangen van de wederpartij. In geval hij voor ontbinding kiest, vervallen zijn eigen verplichtingen.⁷⁰ Ook de ontbinding geeft hem in het geval van overmacht bij de wederpartij geen recht op schadevergoeding (art. 6:277 lid 2 BW). De afwikkeling van de overeenkomst bij overmacht kan vanwege het ontbreken van nakomings- en schadevergoedingsverplichtingen over en weer worden samengevat als een afwikkeling 'met gesloten beurzen'. Nakoming of schadevergoeding kan niet gevorderd worden door de crediteur, ontbinding wel. Bij een succesvol beroep op overmacht wordt het risico voor de omstandigheden die tot de overmacht leidden, derhalve als het ware verdeeld over beide contractspartijen.

In hoeverre biedt het overmachtsleerstuk ruimte voor de mogelijkheid, om de gerechtvaardigde belangen van een partij zwaar te laten wegen, bijvoorbeeld als de niet-nakoming is veroorzaakt door persoonlijke omstandigheden? Theoretisch gezien is die mogelijkheid aanwezig. Er zijn zoals gesteld grofweg drie elementen van belang bij de vraag of er sprake kan zijn van overmacht: verhindering, schuld, en toerekening krachtens de wet, de rechtshandeling of krachtens verkeersopvattingen. Bij elk van deze elementen kan in theorie gewicht worden toegekend aan het gerechtvaardigde belang van de schuldenaar om niet na te komen. Zo hoeft verhindering (het eerste element) niet per se fysiek te zijn, maar kan ook gesproken worden van verhindering wanneer de nakoming te bezwaarlijk is geworden.⁷¹ Of er sprake is van schuld (het tweede element) hangt voorts af van de vraag of de betrokkene het voorval redelijkerwijze heeft kunnen voorkomen en de gevolgen heeft kunnen verhinderen.⁷² Het gedrag van de schuldenaar dient derhalve redelijk te zijn, en wordt als het ware vergeleken met het gedrag van een 'maatmens', in het onrechtmatige daad-leerstuk aangeduid als een 'goed huisvader', en in het arbeidsrecht als een 'goed werkgever' of een 'goed werknemer'. Toerekening (het derde element) is zoals gezegd mogelijk op grond van de wet,⁷³ de rechtshandeling en de verkeersopvattingen. Bij de uitleg van hetgeen de rechtshandeling meebrengt, kan

68 In het nieuw BW wordt niet met zoveel woorden de eis gesteld dat voor een succesvol beroep op overmacht sprake moet zijn van verhindering om na te komen. Als regel moet de eis van verhindering echter wel worden gesteld (Parl. Gesch boek 6, p. 263; Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nrs. 340-341).

69 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 372.

70 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 377.

71 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 343. Parl. Gesch. Boek 6, p. 264.

72 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 344. Deze zinsnede komt ook letterlijk voor in het recht: zie bv. art. 8:23 BW en 504, CMR art. 17 lid 2. Vgl. ook Brahn en Reehuis 1993, p. 283.

73 Welke ruimte de rechter heeft bij toerekening krachtens de wet laat ik buiten beschouwing, omdat dit tot een te uitvoerige bespreking van alle in aanmerking komende wetsartikelen zou nopen.

rekening gehouden worden met de gerechtvaardigde belangen van de betrokken partijen (zie par. 8.2.3). Dit is ook denkbaar bij het toerekenen krachtens verkeersopvattingen. Hoewel dit een maatstaf is die op sommige terreinen goed te objectiveren valt, kan het ook gerekend worden tot de open normen waarbij de rechter een zekere discretionaire bevoegdheid heeft.⁷⁴ Die discretionaire bevoegdheid zou hij kunnen gebruiken om rekening te houden met persoonlijke belangen of omstandigheden.

De rechter heeft kortom enige ruimte om gewicht toe te kennen aan gerechtvaardigde belangen van de niet-nakomende partij bij de toepassing van het leerstuk overmacht. Maar in hoeverre mag van die ruimte gebruik worden gemaakt? De verschillende opvattingen hierover in de doctrine kunnen worden ingedeeld in een glijdende schaal met aan de uiteinden twee extremen: de objectieve benadering en de subjectieve benadering.⁷⁵

In de objectieve benadering wordt zoveel mogelijk geabstraheerd van de concrete hoedanigheid van de debiteur en de omstandigheden waarin hij verkeert. Verwachtingen over de uitvoering van de overeenkomst worden uitsluitend gerechtvaardigd door het overeengekomene en niet door wat men verder over de ander weet of zou kunnen weten. In de objectieve benadering zal geregeld sprake zijn van toerekening van een risico wegens de gedachte dat de debiteur, door de overeenkomst te sluiten, een bepaald resultaat heeft gegarandeerd en het risico moet dragen als dat resultaat niet haalbaar is.⁷⁶ Verhinderende omstandigheden uit de privésfeer zal in de zuiver objectieve benadering dan ook zelden of nooit tot overmacht leiden.⁷⁷ Datzelfde geldt voor de zogenaamde bedrijfsrisico's. Dat zijn de risico's die nu eenmaal bij het ondernemen horen, zoals faillerende leveranciers of vertraging door files.⁷⁸ Zowel bedrijfsrisico's als de privésituatie van een debiteur zijn te beschouwen als de 'zelf gecreëerde situatie' van de debiteur. Oorzaken voor verandering die binnen die situatie vallen, moeten in deze benadering in beginsel aan de schuldenaar worden toegerekend. De 'sfeer' van oorzaken waarbinnen die toerekenbare risico's zich voordoen, kan men aanduiden als 'risicosfeer'.⁷⁹

74 Vgl. Wiarda 1999, p. 49; Rogmans 2007, p. 4-5: "In het verbintenissenrecht vervult de verwijzing naar in het verkeer geldende opvattingen de functie van opening van waaruit een oordeel over toerekenen van risico of verantwoordelijkheid mogelijk wordt."

75 Zie Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 334. De discussie is complexer dan ik nu voorstel. Zo is er bij de invulling van het begrip verandering een tegenstelling tussen *impossibilitas* en *difficultas* en bij de toerekening tussen de schuld-benadering en de risico-benadering. Voor mijn doeleinden moet ik echter simplificeren.

76 De zogenoemde risicogedachte is sinds begin vorige eeuw bepleit o.a. door Scholten, Wery en Levenbach, zie Levenbach 1923, p. 167 en 168.

77 Vgl. Goedmakers 1998, p. 21. Persoonlijke en subjectieve oorzaken zijn volgens hem in een juridische procedure waardeloos: "Men dient zijn privésituatie te scheiden van zijn zakelijke". Vgl. tevens Brahn en Reehuis 1993, p. 288. Zij geven ziekte als voorbeeld van een omstandigheid die toegerekend moet worden, ook bij een persoonlijke dienst.

78 Zie Goedmakers 1998, p. 117 e.v.; Levenbach 1923, p. 167 en 168.

79 Deze term wordt gebruikt in het arbeidsrecht, onder andere bij de uitleg van (thans) art. 7:628 BW, zie par. 9.6.1. Het begrip risicosfeer komt ook elders voor, bijvoorbeeld in rechtspraak en literatuur over overmacht in de bouwwereld. Zie bv. Klein en van Rossum 2004, p. 104; Van Nielen 2004, p. 126.

In de subjectieve benadering staat daarentegen de vraag centraal, wat de crediteur van de debiteur mag verwachten, gelet op diens concrete omstandigheden. De gerechtvaardigde verwachtingen die de crediteur kan ontlenen aan de overeenkomst zijn daarbij nog nauwelijks relevant. De debiteur dient slechts aan te tonen dat hij, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het redelijke heeft gedaan om te trachten de overeenkomst uit te voeren. In de subjectieve benadering zal het toerekenen van risico's niet vaak plaatsvinden. Schuld aan de verhindering is de belangrijkste uitsluitingsgrond voor overmacht. Het begrip 'schuld' kan daarbij (zelfs) opgevat worden als 'moreel verwijtbaar'.

In de doctrine bestaan de twee uitersten derhalve uit de 'objectieve' leer met een ruime opvatting van schuld en toerekening enerzijds, en de subjectieve leer met een eng schuldbegrip en nauwelijks toerekening anderzijds. In de subjectieve leer is meer ruimte voor het rekening houden met gerechtvaardigde belangen. Welke van beide polen is nu overwegend terug te vinden in de rechtsopvattingen en het positieve recht?

Naar mijn indruk wordt in de literatuur nog het meest aangeknoopt bij de objectieve benadering, zij het een gematigde versie daarvan. Zoals vermeld worden bij een bedrijf interne omstandigheden veelal tot de toerekenbare bedrijfsrisico's gerekend.⁸⁰ Geregeld wordt gesteld dat persoonlijke omstandigheden ook buiten schuld voor eigen risico moeten komen.⁸¹ Verder stelt men de schuldenaar risico-aansprakelijk voor financieel onvermogen⁸² en voor omstandigheden die voorzienbaar waren,⁸³ ook al is er geen schuld aan het intreden van die omstandigheden. Een uitzondering wordt echter veelal gemaakt voor sommige persoonlijke omstandigheden van natuurlijke personen die zich verplichten persoonlijk arbeid te verrichten. Gesteld wordt dat de crediteur er rekening mee dient te houden dat een natuurlijke persoon wel eens ziek wordt⁸⁴ of dat 'zwaarwegende morele belangen', zoals het overlijden van een naast familielid, de nakoming kunnen verhinderen.⁸⁵ De schuldenaar kan volgens hen niet geacht worden ook onder deze omstandigheden nakoming van de verbintenis te hebben gegarandeerd. Ook in deze situatie mag de verhindering echter volgens dezelfde auteurs niet voorzienbaar zijn geweest.⁸⁶

80 Zie Goedmakers 1998, p. 117 e.v.; Levenbach 1923, p. 167 en 168.

81 Goedmakers 1998, p. 117; zie ook Strijbos 1985, p. 14 en Van de Paverd 1999, p. 140 over het recht op schadevergoeding bij opzegging van een duurovereenkomst; zij menen dat persoonlijke omstandigheden voor rekening komen van de partij zelf, bij gebreke van enige verantwoordelijkheid van de wederpartij hiervoor.

82 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 354.

83 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 354. Vgl. Levenbach 1923, p. 118 e.v.

84 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 356. Goedmakers 1998, p. 176 en de aldaar genoemde literatuur; zie ook Levenbach 1923, p. 141 en 152 voor de rol van persoonlijke omstandigheden in geval de prestatie persoonlijk is.

85 Levenbach noemt als voorbeeld de "akteur, die op de avond van de voorstelling (...) aan het doodsbed van zijn vader wordt geroepen" Levenbach 1923, p. 155. Zie ook Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 357.

86 'Voorzienbaar' betekent hier (kennelijk) niet 'voorstelbaar', want plotselinge verhindering door bijvoorbeeld ziekte of overlijden van familie is nu juist altijd voorstelbaar. Een voorzienbaar risico kan hier dus de betekenis hebben van een risico waarvan bij het sluiten van de overeenkomst al concrete aanwijzingen waren dat ze zich voor konden gaan doen.

Tevens wordt het voorbehoud gemaakt, dat het moet gaan om persoonlijke omstandigheden die 'normaal' zijn, of 'een ieder gelijkelijk kunnen treffen'. De schuldenaar moet niet een a-typische, verhoogde vatbaarheid voor het risico lopen.⁸⁷

Ook uit het positieve recht blijkt een gematigd objectieve opvatting van de toerekening van risico's. Volgens de bewoordingen van art. 6:75 BW is zoals vermeld bij de afbakening van het begrip overmacht ruimte voor toerekening van risico's. In een aantal gevallen heeft de wetgever die toerekening op objectieve wijze met zoveel woorden in de wet opgenomen, zoals bij de aansprakelijkheid voor hulppersonen en gebruikte zaken (6:76 en 77 BW). Anderzijds heeft de wetgever, zoals vermeld, voor de uitleg van het begrip overmacht ruimte gelaten voor subjectieve elementen zoals morele oorzaken van verhindering. Er wordt dan ook wel gesteld dat de objectieve en de subjectieve leer naar elkaar toe zijn gegroeid.⁸⁸ De in de literatuur voorgestane uitzondering voor natuurlijke personen bij de toerekening van risico's van bijvoorbeeld ziekte en morele plichten heeft echter geen specifieke uitwerking gekregen in Boek 6 BW, en is mij ook niet uit jurisprudentie bekend.⁸⁹

8.3 Persoonlijke belangen en de beëindiging van duurovereenkomsten

Contractvrijheid houdt tevens in de vrijheid om niet tegen zijn wil aan een duurovereenkomst gebonden te blijven. Als de omstandigheden van een partij veranderd zijn, waardoor de overeenkomst een obstakel voor hem is geworden, dan moet het hem vrij staan die overeenkomst te beëindigen. Het belang van deze vrijheid wordt door velen onderschreven.⁹⁰ Deze vrijheid komt in het Nederlandse recht in ieder geval tot uitdrukking in de bijna onbegrensde bevoegdheid om een overeenkomst te ontbinden, zodra de wederpartij al dan niet toerekenbaar tekort komt in de nakoming (zie par. 8.2.2). Tevens komt die gedachte tot uitdrukking in de ruime toepassing van art. 6:258 BW als het gaat om ontbinding van duurovereenkomsten bij verandering van omstandigheden (zie par. 8.2.4).

Het kan dan ook enige verbazing wekken dat er in Boek 6 BW geen regel is, waaruit de principiële opzegbaarheid van duurovereenkomsten blijkt.⁹¹ Ook de Hoge Raad heeft dat principe niet willen bevestigen.⁹² Zelfs als de aard van een overeenkomst

87 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 354; 357. Levenbach 1923, p. 154 en 188. Wanneer een partij de wederpartij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst overigens laat weten welke (abnormale) risico's hij mogelijk loopt of al voorziet, wordt de wederpartij toch geacht die risico's te hebben aanvaard. Zie Bollen 2004, p. 414-427.

88 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 339.

89 In het arbeidsrecht is die uitzondering er van oudsher nu juist wel (bv. in art. 1638c OBW; zie hoofdstuk 9). Buiten het arbeidsrecht leverde het doorbladeren van de *NJ* vanaf begin vorige eeuw geen voorbeelden op van een beroep op overmacht wegens persoonlijke omstandigheden. Het onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen ofwel 'commerciële' partijen komt wel min of meer terug in jurisprudentie over uitleg en aanvulling van de overeenkomst (zie par. 8.2.3).

90 O.a. Verdaas 2002, p. 599-606; p. 600; De Vries 2007, p. 2356-2362. Zie voor een overzicht van de literatuur Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 408.

91 De bijzondere regelingen bevatten bijna allemaal wel een regeling voor opzegging, zie Hammerstein en Vranken 2003.

92 HR 15 april 1966, *NJ* 1966, 302 m.nt. G.J. Scholten (*Sanders/Sanders*).

mee zou brengen dat deze in beginsel wel zonder meer opzegbaar is, kunnen de omstandigheden van het geval volgens de Hoge Raad nog meebrengen dat dit slechts mogelijk is als er een voldoende zware reden is voor opzegging.⁹³ Bij die omstandigheden van het geval kunnen ook persoonlijke belangen een rol spelen.⁹⁴ In de bijzondere regeling van duurovereenkomsten in Boek 7 BW is wel steeds een regeling voor opzegging getroffen. Gemeenschappelijk aan deze regelingen behoudens de opzegging van de arbeidsovereenkomst is dat een opzegging alleen geldig is als de daarbij geldende opzeggingstermijnen in acht worden genomen. Eenzijdige voortijdige verbreking is in deze gevallen nietig.⁹⁵ Tussentijdse opzegging van overeenkomsten voor bepaalde tijd, waarin geen opzegmogelijkheid is overeengekomen, is in beginsel ook niet mogelijk, tenzij er sprake is van onvoorziene omstandigheden.⁹⁶

Als men wel bevoegd is om op te zeggen moet vaak een opzegtermijn in acht worden genomen.⁹⁷ Zelfs met inachtneming van een redelijke termijn kan men gehouden zijn een schadevergoeding te betalen.⁹⁸ Het recht op de inachtneming van een opzegtermijn en schadevergoeding wordt gebaseerd op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW lid 1 BW).⁹⁹ Dit kan gezien worden als een uitdrukking van de verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

Ook al ontbreekt naar Nederlands recht een principiële opzeggingsbevoegdheid van duurovereenkomsten, in de literatuur overheerst de opvatting, dat een verbod op opzegging slechts in vrij uitzonderlijke gevallen aangenomen zal worden.¹⁰⁰ Rechterlijke ontbinding van duurovereenkomsten op grond van onvoorziene omstandigheden is bovendien ruimschoots mogelijk, zoals hiervoor al bleek. Dit geldt overigens ook voor overeenkomsten voor bepaalde tijd waarvoor de mogelijkheid

93 HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (*Latour/De Bruijn*).

94 HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (*Kakkenberg/Kakkenberg*): alle omstandigheden kunnen een rol spelen, omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het sluiten van de overeenkomst zijn daarbij niet uitgesloten. Vgl. De Hoon 2001, p. 891-895; p. 893. Door Strijbos en De Paverd wordt aangenomen dat persoonlijke belangen niet mee kunnen wegen (zie Strijbos 1985, p. 14 en Van de Paverd 1999, p. 140), maar een dergelijke principiële uitsluiting lijkt mij in strijd met art. 3:12 BW.

95 Hammerstein en Vranken 2003; Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 408. Het kan in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn om een beroep te doen op deze nietigheid. Zie ook Strijbos 1985, p. 15 e.v.; Van de Paverd 1999, p. 111.

96 HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439 (*Mondia/Calanda*).

97 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 409; zie bijv. HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742 en HR 23 december 1994, NJ 1995, 263.

98 HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742 m.nt. P.A. Stein (*Mattel/Borka*).

99 Vgl. bv. HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (*Latour/De Bruijn*). Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 408 en 409.

100 De meeste schrijvers nemen aan dat in beginsel moet kunnen worden opgezegd, voor zover de aard of de strekking van de overeenkomst zich daartegen niet verzet (Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), no. 408 en daar geciteerde literatuur). Sommigen bepleiten dat de opzegbevoegdheid ook beperkt kan zijn door de verplichting te bezien of de overeenkomst niet in gewijzigde vorm voortgezet kan worden, alvorens kan worden opgezegd. Bv. Van der Putt-Lauwers 2000, p. 129.

van tussentijdse opzegging niet is overeengekomen.¹⁰¹ De contractvrijheid blijft in die zin de hoofdregel. Wel moet men voor het herwinnen van die vrijheid voldoende redenen hebben, en in sommige gevallen de wederpartij financieel compenseren voor de geleden schade.

Het beginsel dat men rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij beperkt dus de contractvrijheid in het geval van duurovereenkomsten, in de zin dat niet altijd zonder meer de overeenkomst kan worden beëindigd. Doorgaans zal de beperking van deze vrijheid tot uitdrukking komen in de verplichting een schadevergoeding te betalen of een opzegtermijn in acht te nemen. Slechts zelden zal een partij verplicht zijn, tegen zijn zin partij te blijven bij een duurovereenkomst, behoudens voor de duur van de opzegtermijn.

8.4 Vergelijking met het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht

In het algemene contractenrecht is gelet op het voorgaande een zekere ruimte voor het beginsel dat men rekening moet houden met gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Die ruimte wordt echter, zodra een overeenkomst is gesloten, in belangrijke mate beperkt door de verplichting tot nakoming van het contract. Het contract is de belangrijkste leidraad voor het antwoord op de vraag, welke risicoverdeling tussen partijen geldt voor die gewijzigde omstandigheden. De overeenkomst bepaalt primair, welke risico's zelf gedragen moeten worden ('persoonlijk' zijn) en welke risico's geheel of gedeeltelijk door de wederpartij gedragen moeten worden. Een contractspartij wordt ondanks zijn gewijzigde omstandigheden, alleen bij uitzondering geholpen door de rechter middels de bijstelling van zijn contractuele verplichtingen. Wel kan soms een succesvol beroep gedaan worden op overmacht. Buiten het begrip overmacht vallen oorzaken van niet-nakoming waar de tekortschietende partij zelf invloed op had of die zich voordoen in de door de tekortschietende partij zelf gecreëerde situatie. Volgens sommigen kunnen 'normale', onvoorzienbare gebeurtenissen in de privésfeer, zoals ziekte en verhindering door zwaarwegende morele belangen, wel tot een succesvol beroep op overmacht leiden bij natuurlijke personen. De wederpartij kan dan wel de overeenkomst beëindigen.

Als deze risicoverdeling op hoofdlijnen wordt vergeleken met de responsieve arbeidstijden- en verlofregels zoals uiteengezet in hoofdstuk 3 en 4, valt direct een aantal kwesties op.

Ten eerste zijn die regels grotendeels van dwingend recht. Daarmee wordt het beginsel van contractvrijheid dus direct al doorkruist.

Ten tweede geven deze regels de werknemer aanspraken op aanpassing van de volgens overeenkomst door hem ter beschikking te stellen arbeidstijd, in de vorm van verlof, vakantie of aanpassing van arbeidsduur of dienstroosters. Dat recht op

¹⁰¹ Hammerstein en Vranken 2003, p. 24; Verdaas 2002, p. 600.

aanpassing bestaat (onder andere) op grond van omstandigheden die in veel gevallen zonder meer in de eigen 'risicosfeer' van de werknemer vallen, zoals bijvoorbeeld de dagelijkse zorg voor zijn of haar kinderen. Daarvoor is niet relevant of die zorgverplichtingen voorzienbaar waren, kenbaar voor de wederpartij, of de werknemer er schuld aan heeft, etc. In sommige gevallen hoeft de werknemer deze persoonlijke omstandigheden niet eens te stellen of te bewijzen, zoals in het geval van het recht op aanpassing van arbeidsduur, of hij hoeft niet te stellen of te bewijzen dat hij door deze omstandigheden verhinderd is om te werken, zoals bij het recht op ouderschapsverlof. De werkgever kan zijn eigen bedrijfsbelangen bij ongewijzigde nakoming van de overeenkomst bovendien niet steeds tegenwerpen aan de werknemer, zoals bij het opnemen van ouderschapsverlof, of slechts als hij een zwaarwichtig belang heeft, zoals bij aanpassing van de arbeidsduur. De werkgever kan bovendien de overeenkomst niet steeds met succes beëindigen vanwege de gewijzigde omstandigheden van de werknemer of de gevolgen daarvan. Die opzegging is immers in veel gevallen vernietigbaar. In sommige gevallen kan hij zijn eigen prestatie, dat wil zeggen betaling van het loon, niet opschorten, zoals in het geval van calamiteitenverlof en (deels) in het geval van kortdurend zorgverlof.

Een debiteur van een duurovereenkomst die in gewijzigde omstandigheden verkeert, bijvoorbeeld bestaande uit zorgverplichtingen, kan bij ongewijzigde toepassing van het geschetste systeem in het contractenrecht,¹⁰² met veel minder kans op succes een beroep doen op dergelijke aanpassing van zijn werktijden inclusief de daarbij horende inkomens- en ontslagbescherming. Goed mogelijk is weliswaar dat de rechter bereid zou zijn om bij de uitleg van het contract van bijvoorbeeld een persoonlijk dienstverrichter aan te nemen, dat de wederpartij in redelijkheid van hem kon verwachten dat hij zo nu en dan incidenteel afwezig zou zijn wegens privéomstandigheden. Ook is het mogelijk, dat de rechter bereid is om acuut ingetreden zorgplichten als overmacht aan te merken. Incidentele wijziging van afspraken over arbeidstijden, zoals op grond van het calamiteitenverlof of 'kortdurend zorgverlof' zou, met andere woorden, ook in het gewone contractenrecht kunnen bestaan. De opdrachtgever zou dan echter niet snel verhinderd worden om zijnerzijds zijn verplichtingen tot betaling van loon op te schorten of de overeenkomst op te zeggen.

Een structurele of langdurende wijziging van bijvoorbeeld het aantal afgesproken uren per week wegens onvoorziene omstandigheden, zoals bij het opnemen van ouderschapsverlof of op grond van de WAA, kan voorts vermoedelijk alleen bij uitzondering worden aangenomen in het gewone contractenrecht. De (bewijs) positie van de debiteur die een beroep doet op gewijzigde omstandigheden is wat dat betreft bijna omgekeerd ten opzichte van de positie van de werknemer in het

¹⁰² Ik pas hier het geschetste systeem van het contractenrecht toe op de debiteur van een duurovereenkomst met zorgtaken. Hoe de rechter hier in een concreet geval mee om zou gaan, heb ik niet onderzocht. Het is derhalve mogelijk dat de rechter bijvoorbeeld naar analogie van het arbeidsrecht soepeler toepassing zou geven aan de regels in het BW. Het gaat mij hier echter om de vraag in hoeverre de rechter (ook in dat geval) af zou wijken van het 'gewone' contractenrecht, met als prototype het contract tussen twee gelijkwaardige autonome partijen.

responsieve arbeidstijden- en verlofrecht. De debiteur met onvoorziene zorgtaken heeft namelijk, bij ongewijzigde toepassing van het geschetste systeem in het contractenrecht, een zeer zware last om te bewijzen dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet van hem te vergen valt, zodat een contractuele bepaling buiten toepassing moet blijven, of gewijzigd of heronderhandeld moet worden. Anders dan bij de werknemer is daarvoor bij hem wel relevant of die zorgverplichtingen voorzienbaar waren en kenbaar voor de wederpartij. Ook is mogelijk dat die zorgverplichtingen aan hem toegerekend moeten worden, bijvoorbeeld omdat het zijn eigen keus is dat hij ze niet door iemand anders wil laten verrichten of onvoldoende moeite heeft gedaan om zo iemand te vinden. Het belang van de wederpartij bij ongewijzigde nakoming van de overeenkomst hoeft daarentegen in beginsel niet te worden onderbouwd. Het staat de wederpartij bovendien doorgaans vrij, de overeenkomst te ontbinden als de debiteur niet nakomt, of anders de overeenkomst op te zeggen, met inachtneming van opzegtermijnen en onder het betalen van een vergoeding.

Het is kortom denkbaar dat in geval van acuut ingetreden zorgplichten, de debiteur van een duurovereenkomst een succesvol beroep op overmacht kan doen of zelfs kan aantonen dat een redelijke uitleg van de overeenkomst meebrengt dat hij zo nu en dan afwezig zal zijn wegens onverwachte privéomstandigheden. Een structurele of langdurende wijziging van bijvoorbeeld het aantal afgesproken uren per week wegens onvoorziene omstandigheden, zoals bij het opnemen van ouderschapsverlof of op grond van de WAA, kan vermoedelijk echter alleen bij uitzondering worden aangenomen in het gewone contractenrecht. Het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht is vooral vanwege het gemak waarmee structurele of langdurige wijziging van overeengekomen arbeidstijden kan worden bereikt, te karakteriseren als een 'breuk' met het systeem van het gewone contractenrecht.

8.5 Conclusie hoofdstuk 8

In het algemene contractenrecht is een zekere ruimte voor het beginsel dat men rekening moet houden met gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Die ruimte wordt echter, zodra een overeenkomst is gesloten, in belangrijke mate beperkt door de verplichting tot nakoming van het contract. Komt men niet na, dan komt de wederpartij recht op nakoming, schadevergoeding en/of ontbinding van de overeenkomst toe, in beginsel ongeacht de belangen van de niet-nakomende partij. Zo bezien is in een conflict waarin gewijzigde omstandigheden een oorzaak vormen voor niet-nakoming, het beginsel van nakoming van het contract het uitgangspunt. Het contract is met andere woorden de belangrijkste leidraad voor het antwoord op de vraag, welke risicoverdeling tussen partijen geldt voor die gewijzigde omstandigheden. De overeenkomst bepaalt primair, welke risico's zelf gedragen moeten worden ('persoonlijk' zijn) en welke risico's geheel of gedeeltelijk door de wederpartij gedragen moeten worden.

Bij de vaststelling van wat de overeenkomst meebrengt, heeft de rechter weliswaar een zekere ruimte middels de uitleg of aanvulling van het contract. Hierin zit voor de

rechter een mogelijkheid om impliciet bepaalde onvoorziene (persoonlijke) omstandigheden te verdisconteren. Een afweging van de daarbij betrokken belangen kan op grond hiervan echter niet openlijk geschieden. De onderbouwing van een bepaalde uitleg of aanvulling zal bestaan uit een toelichting op hetgeen partijen op grond van de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in redelijkheid van elkaar konden verwachten. Voor commerciële partijen geldt daarbij dat de rechter zo dicht mogelijk bij de bewoordingen in het contract moet blijven. A contrario geldt dat voor andere contractspartijen meer ruimte bestaat om een wijziging van hun persoonlijke omstandigheden in de uitleg van het contract te verdisconteren.

Voorts kan de rechter het contract gedeeltelijk buiten toepassing laten of op verzoek zelfs wijzigen, of hij kan de wederpartij verplichten opnieuw te onderhandelen over bepaalde contractsvoorwaarden, vanwege gewijzigde omstandigheden bij een van de partijen. Van de mogelijkheid het contract gedeeltelijk buiten toepassing te laten, kan echter slechts met grote terughoudendheid gebruik worden gemaakt. Ook voor een wijziging van de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden, moet sprake zijn van zeer bijzondere omstandigheden die een grote verstoring van het contractuele evenwicht veroorzaken. De omstandigheden moeten bovendien niet door de persoon zelf zijn veroorzaakt. Dezelfde zware criteria gelden vermoedelijk voor het aannemen van een heronderhandelingsplicht. Ten slotte kan gewezen worden op het feit dat in geval van gewijzigde omstandigheden, een beroep op nietigheid van een (deel van de) overeenkomst wegens het wilsgebrek misbruik van omstandigheden te pas zou kunnen komen. Bij verandering van omstandigheden kan de ongewijzigde nakoming van de overeenkomst voor een partij namelijk dermate belastend zijn, dat dit aan het licht kan brengen dat bij het sluiten van de overeenkomst sprake was van misbruik van economische afhankelijkheid. Een beroep op dit leerstuk is echter niet snel succesvol.

Al met al wordt een contractspartij ondanks zijn gewijzigde omstandigheden, alleen bij uitzondering geholpen door de rechter middels de bijstelling van zijn contractuele verplichtingen. De verplichting tot nakoming van het contract is echter niet absoluut. Bij overmacht hoeft niet te worden nagekomen, noch schade vergoed. Een beroep daarop is echter beperkt mogelijk. Buiten het begrip overmacht vallen oorzaken van niet-nakoming waar de tekortschietende partij zelf invloed op had. Ook vallen daarbuiten oorzaken van niet-nakoming die zich voordoen in de door de tekortschietende partij zelf gecreëerde situatie, zoals zijn eigen bedrijf of zijn privésfeer. Aan natuurlijke personen met een persoonlijke arbeidsverplichting worden door sommigen echter minder risico's toegerekend dan aan rechtspersonen. 'Normale', onvoorzienbare gebeurtenissen in de privésfeer, zoals ziekte en verhindering door zwaarwegende morele belangen, worden doorgaans niet aan hen toegerekend.

Hoewel het voor een partij bij een duurovereenkomst die kampt met gewijzigde omstandigheden dus naar verwachting heel moeilijk zal zijn om zijn contract door

de rechter te laten 'bijstellen' en het maar de vraag is of hij een beroep kan doen op overmacht, is het beëindigen van de overeenkomst anderzijds naar verwachting geen groot probleem. Het beëindigen zelf zal meestal mogelijk zijn, ook al ontbreekt een contractuele opzeggingsmogelijkheid. Wel kan van de opzeggende partij gevraagd worden een vergoeding te betalen en/of een opzegtermijn in acht te nemen.

Als deze risicoverdeling op hoofdlijnen wordt vergeleken met de responsieve arbeidstijden- en verlofregels zoals uiteengezet in hoofdstuk 3 en 4, valt op dat de rechten op aanpassing van afspraken over arbeidstijden of arbeidstijdpatronen, (onder andere) ontstaan op grond van omstandigheden die in veel gevallen zonder meer in de eigen 'risicosfeer' van de werknemer vallen, zoals bijvoorbeeld de dagelijkse zorg voor zijn of haar kinderen. De werknemer hoeft voorts niet altijd objectief verhinderd te zijn om te werken om een beroep te kunnen doen op deze aanpassingsrechten. Voldoende is soms dat hij een subjectieve behoefte voelt om minder te werken. De werkgever moet in sommige gevallen het loon doorbetalen en mag de overeenkomst niet beëindigen wegens het beroep op deze rechten.

De debiteur van een duurovereenkomst kan mogelijk een succesvol beroep op overmacht doen. Ook denkbaar is dat een redelijke uitleg van de overeenkomst meebrengt dat hij zo nu en dan afwezig zal zijn wegens onverwachte privéomstandigheden. Een structurele of langdurende wijziging van bijvoorbeeld het aantal afgesproken uren per week kan vermoedelijk echter alleen bij uitzondering worden aangenomen in het gewone contractenrecht. Het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht is kortom vooral vanwege het gemak waarmee structurele of langdurige wijziging van overeengekomen arbeidstijden kan worden bereikt, te karakteriseren als een 'breuk' met het systeem van het gewone contractenrecht.

Dat gegeven zal weinig verbazing wekken. De hoeveelheid dwingend recht is immers juist karakteristiek voor het arbeidsrecht, en bescherming van zwakke partijen zoals de werknemer is van oudsher een belangrijke doelstelling van dwingend recht. Interessanter dan de vraag, in hoeverre het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht een breuk vormt met het systeem van het gewone contractenrecht, is daarom de vraag, in hoeverre het een breuk vormt met het (tot dan toe bestaande) systeem van het arbeidsrecht. In hoofdstuk 9 zal onder andere aan de orde komen welke verschillen de karakteristieken van de arbeidsovereenkomst oplevert voor de risicoverdeling tussen partijen. Daarbij is met name aandacht voor de vraag, in hoeverre in dat systeem de persoonlijke belangen van de werknemer worden beschermd, en in welke zin dit verschilt van het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht.

9

Risicoverdeling voor persoonlijke omstandigheden in het arbeidsrecht

9.1 Risicoverdeling in het arbeidsrecht

9.1.1 Inleiding

De arbeidsovereenkomst is een bijzondere overeenkomst, en niet alleen omdat hij in Boek 7 BW geregeld is. In het vorige hoofdstuk is gebleken dat in het algemene contractenrecht soms een uitzondering op algemene regels over de gevolgen van verandering van omstandigheden wordt gemaakt, als er sprake is van een verbintenis met natuurlijke personen, die zich verplicht hebben de overeenkomst persoonlijk uit te voeren. Ook is er wel sprake van uitzonderingen in het geval van een duurovereenkomst. De arbeidsovereenkomst is een voorbeeld van een overeenkomst waarin deze twee elementen worden gecombineerd. De arbeidsovereenkomst kent bovendien nog een uniek element: de gezagsbevoegdheid. De gezagsbevoegdheid is het derde en tevens meest unieke element om een overeenkomst als arbeidsovereenkomst te kwalificeren.¹

De combinatie van deze elementen leidt tot een andere risicoverdeling bij (wijziging van) persoonlijke omstandigheden dan de risicoverdeling in het algemene contractenrecht. De vraag die in de volgende twee hoofdstukken centraal staat, is hoe de afweging tussen de persoonlijke belangen van de werknemer en de belangen van de werkgever doorgaans wordt gemaakt in het arbeidsrecht.

In dit hoofdstuk zal ik de bijzondere aspecten van het arbeidsrecht en de relatie met de scheiding tussen werk en privé eerst in het algemeen toelichten (par. 9.2). Daarna zal ik de risicoverdeling in het individuele arbeidsovereenkomstenrecht schetsen. Voor die beschrijving beperk ik mij tot een weergave in grote lijnen, die voornamelijk gebaseerd is op de regels in het BW, het BBA, en de jurisprudentie van de Hoge Raad over het arbeidsovereenkomstenrecht. Daarbij zal ik eerst ingaan op de vraag wat de status is van de overeenkomst in het arbeidsovereenkomstenrecht, en of bijvoorbeeld dikwijls van de overeenkomst wordt afgeweken ter bescherming van de persoonlijke belangen van de werknemer (par. 9.3). Vervolgens zal ik ingaan op

¹ Dit zijn, naast het element loon, meteen de belangrijkste criteria voor kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst (art. 7: 610 BW).

de gezagsbevoegdheid en de grenzen daarvan, die bijvoorbeeld dienen ter bescherming van de persoonlijke belangen van de werknemer (par. 9.4). Dan kent de risicoverdeling bij niet-nakoming van de overeenkomst specifieke uitwerkingen in het arbeidsovereenkomstenrecht, die worden behandeld in par. 9.5. Daarbij is voornamelijk de vraag, in hoeverre de werknemer wordt beschermd tegen loonverlies bij niet-nakoming wegens persoonlijke omstandigheden. Ten slotte wordt aandacht besteed aan de belangenafweging bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst, in het bijzonder de vraag welke rol persoonlijke belangen van de werknemer daarbij spelen (par. 9.6). In par. 9.7 volgt een vergelijking tussen de risicoverdeling c.q. de belangenafweging tussen werk en privé in het arbeidsovereenkomstenrecht in het algemeen, en in het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht, en ten slotte een conclusie in par. 9.8.

Zoals eerder vermeld zal ik in het hoofdstuk daarna ondersteuning zoeken voor deze bevindingen in de arbeidsrechtelijke doctrine. Ten slotte zal de belangenafweging die volgens deze bevindingen doorgaans wordt gemaakt in het arbeidsrecht, worden vergeleken met de belangenafweging in het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht.

9.1.2 *De arbeidsovereenkomst als bijzondere overeenkomst*

Bijzonder aan de arbeidsovereenkomst is zoals bekend het bestaan van de gezagsbevoegdheid, in combinatie met de persoonlijke arbeidsverrichting.² De wetgever heeft vaak ingegrepen om de gezagsbevoegdheid te begrenzen ter bescherming van de persoonlijke belangen van de werknemer. Bijzonder is ten tweede het feit dat er daarnaast meestal sprake is van structurele economische ongelijkheid. De wetgever heeft ook vaak ingegrepen om de werknemer tegen nadelige gevolgen van die ongelijkheid te beschermen. Bijzonder is ten derde het feit dat de wetgever in het arbeidsrecht ingrijpt niet alleen om de werknemer te beschermen, maar ook om maatschappelijke ontwikkelingen te beïnvloeden in een door de wetgever gewenste richting. Op deze drie bijzondere aspecten zal ik achtereenvolgens ingaan.

Ten eerste het bestaan van de gezagsbevoegdheid. De werkgever heeft de wettelijke en/of contractuele bevoegdheid het contract aan te vullen met voorschriften en instructies (art. 7:610 en 660 BW). Daartegenover staat de plicht van de werknemer zich daaraan te houden. Dit gegeven brengt een asymmetrie in de overeenkomst, een ongelijkheid die juridisch is verankerd. Aan deze structurele juridische ongelijkheid kan de werknemer zich als persoon niet onttrekken zo lang de overeenkomst duurt. De gehoorzaamheidsplicht brengt een bijzondere restrictie van de vrijheid van de werknemer mee. Het sluiten van een arbeidsovereenkomst heeft tot gevolg dat de werknemer een deel van zijn persoonlijke vrijheid verliest, aangezien hij voortaan contractuele verplichtingen moet nakomen. Dit verlies van vrijheid gebeurt deels door hetgeen expliciet overeengekomen is (het contract), en wijkt daarmee

2 Zie over het gezagselement als essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst bv. Van Esveld 1946, p. 160; Koopmans 1962, p. 71.

strikt genomen niet af van gewone overeenkomsten. De werknemer verliest echter tevens zijn vrijheid doordat hij de werkgever middels diens gezagsbevoegdheid het recht geeft om over hem te beschikken, zonder dat hij tevoren precies weet hoe dat recht door de werkgever gebruikt zal worden. De zeggenschap van de werkgever over de werknemer op grond van zijn gezagsbevoegdheid is echter niet onbegrensd. De werknemer verkoopt immers niet zichzelf, maar zijn arbeid. Hij is geen slaaf en kan niet worden beschouwd als louter 'productiemiddel'. De werknemer behoudt ook na het sluiten van de overeenkomst als het ware een deel van zijn persoonlijke levenssfeer, waar de werkgever geen zeggenschap over heeft. Maar hoe moet de grens tussen gezagsbevoegdheid en persoonlijke levenssfeer bepaald worden? En door wie? Het contract kan hier niet maatgevend zijn voor de risicoverdeling tussen partijen, want dat is nu juist op dit punt onbepaald. In veel gevallen heeft de wetgever het niet aan partijen willen overlaten om te bepalen in welke mate de werknemer beschermd is tegen vrije uitoefening van de gezagsbevoegdheid van de werkgever. Om te voorkomen dat de werknemer door het gebruik van de gezagsbevoegdheid wordt geschaad, zijn vele regels opgesteld ter bescherming van bijvoorbeeld de veiligheid, gezondheid en privacy van de werknemer. Een vergelijking met het algemene contractenrecht is op dit vlak weinig zinvol, want daarin zit nu juist niet het element van de gezagsbevoegdheid. Wel kan men zich afvragen, hoe de belangenafweging tussen bedrijfsbelangen en persoonlijke belangen in de arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving door de wetgever is gemaakt, en of dat een wenselijke uitkomst is.

Een tweede bijzonder aspect van de arbeidsovereenkomst is zoals gezegd de economische ongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer. De economische ongelijkheid wordt doorgaans, net als de juridische ongelijkheid, gezien als niet toevallig of incidenteel, maar als structureel.³ Dat komt omdat, in economische termen, de vraag naar werk van de werknemer bij een specifieke werkgever meestal tamelijk inflexibel is, terwijl de vraag andersom meestal tamelijk flexibel is. De oorzaak van deze ongelijkheid wordt soms geweten aan het bestaan van een arbeidskrachtoverschot en de inkomensafhankelijkheid van de werknemer. Daarnaast valt te wijzen op de organisatorische afhankelijkheid van de werknemer. De werknemer treedt binnen de bedrijfssfeer van zijn werkgever. De wijze waarop het bedrijf is georganiseerd is daarbij een gegeven en bepaalt de grenzen van wat overeengekomen kan worden, bijvoorbeeld voor wat betreft de locatie, de planning en de inhoud van de werkzaamheden. Het bedrijf heeft dus al bij de onderhandeling over de overeenkomst organisatorisch overwicht. De werknemer zal de organisatie van zijn privéleven daaraan (tot op zekere hoogte) moeten aanpassen. De bereidheid vervolgens zijn baan weer op te geven hangt voor de werknemer sterk samen met de bereidheid zijn (privé)leven te reorganiseren. Dat doet men doorgaans niet zonder gewichtige redenen. Afhankelijkheid van de werkgever kan in dat licht tevens bestaan uit psychologische en cultureel bepaalde weerstanden tegen het veranderen

3 Konijn 1999, p. 116.

van werk.⁴ De 'vraag' van een werknemer naar werk te verrichten voor een specifieke werkgever is derhalve doorgaans vrij inflexibel, en des te sterker nadat de overeenkomst al enige tijd heeft geduurd. Naar mijn mening is het niet waarschijnlijk, dat dit nu of in de toekomst significant zal veranderen voor grote delen van de bevolking. Weliswaar is de werknemer 'mondiger' geworden in vergelijking met het begin van de vorige eeuw,⁵ maar dit levert in mijn ogen maar een geringe bijdrage aan zijn flexibiliteit. De werkgever daarentegen kan in veel gevallen de werknemer zonder veel problemen vervangen door een andere werknemer, zonder dat hij daarvoor zijn organisatie hoeft aan te passen. Zijn vraag naar arbeid van een specifieke werknemer is daarom meestal juist tamelijk flexibel, des te meer naarmate de onderneming groter is.⁶ Al deze factoren brengen met zich mee dat de onderhandelingspositie van de werknemer ten opzichte van de werkgever meestal zwakker is. Die zwakkere positie geldt niet alleen de (her)onderhandeling over arbeidsvoorwaarden, maar ook het afdwingen van de nakoming van verplichtingen na het sluiten van de overeenkomst.

In het arbeidsrecht wordt die economische machtsongelijkheid op bepaalde punten gecompenseerd. De onderhandelingspositie van werknemers wordt bijvoorbeeld versterkt door collectieve actie mogelijk te maken of collectieve zeggenschap te verlenen.⁷ Deze compensaties van machtsongelijkheid duiden niet op zichzelf op een ten opzichte van het gewone contractenrecht verhoogde bescherming van de werknemer. Zij zijn immers neutraal ten aanzien van de uitkomst van de onderhandelingen of het overleg. Ook op het individuele niveau zijn echter compenserende regels aan te wijzen. Dwingend recht maakt talloze voor de werknemer bezwarende afspraken nietig of vernietigbaar, zoals hierna zal blijken. Een vergelijking met de risicoverdeling in het gewone contractenrecht is hier wel goed mogelijk.

Een derde bijzonder aspect, niet zozeer van de arbeidsovereenkomst maar van het arbeidsrecht, is dat de wetgever via het arbeidsrecht publieke belangen behartigt.⁸ De arbeidsovereenkomst is zo wijdverbreid dat het een ideale ingang wordt gevonden om gedrag van burgers te beïnvloeden en zodoende een bepaalde wenselijk geachte maatschappelijke ontwikkeling in gang te zetten of te bestendigen. Met

4 Een baan hangt samen met de organisatie en financiering van het leven c.q. het gezin van een werknemer, zijn dagelijkse menselijke contacten, zijn identiteitsbeleving, ontplooiingsmogelijkheden, carrièrekansen, etc. Verlies hiervan wordt door veel mensen als ingrijpend ervaren. Zie Levenbach 1966, p. 14.

5 Zie over die mondigheid ook Nagelkerke 2004, p. 161-163.

6 Uitval van arbeidskracht kan dan meestal zonder veel problemen opgevangen worden totdat vervanging is gevonden. De organisatie hoeft daarvoor niet te veranderen. Vgl. de volgende overweging uit de parlementaire geschiedenis van de wet op de arbeidsovereenkomst: de arbeidsovereenkomst wordt als dwangcontract voor de werknemer beschouwd, "omdat de arbeider, wil hij zich en de zijnen van het noodige blijven voorzien... steeds door een arbeidscontract met een werkgever verbonden moet zijn terwijl daarentegen de werkgever in den regel de diensten van dien ééner arbeider gedurende langeren of korteren tijd kan ontberen." (MvA 1^e Kamer, citaat uit Meijers 1912, p. 42).

7 Bijvoorbeeld in de Wet CAO, de Wet AVV en de WOR. Het zogeheten collectieve arbeidsrecht valt buiten het bestek van dit onderzoek.

8 Zie voor verwijzingen naar literatuur hierover par. 10.4.1.

andere woorden, werkgevers- en werknemersverplichtingen worden geïntroduceerd niet (alleen) omdat men vindt dat goede werkgevers en goede werknemers dat nu eenmaal behoren te doen, maar (ook) omdat men het opleggen van een bepaalde verplichting praktisch vindt voor het bereiken van een bepaald publiek doel. Ook de rechter laat, mogelijk vaker dan in het algemene contractenrecht, de behartiging van algemene belangen, zoals het belang van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, meewegen bij de beslechting van een geschil tussen een werkgever en een werknemer (zie par. 9.2.1). Ook hiervan kan wellicht soms gezegd worden dat ze leiden tot een belasting van de werkgever ten opzichte van het gewone contractenrecht.

Met deze bijzondere kenmerken van de arbeidsovereenkomst in het achterhoofd, zal in het navolgende de risicoverdeling in het arbeidsrecht in grote lijnen geschetst worden, te beginnen met de status van het contract in het arbeidsovereenkomstenrecht.

9.2 De gebondenheid aan het contract in de arbeidsovereenkomst

9.2.1 Inleiding

In het licht van de scheiding tussen werk en privé is van belang de vraag, in hoeverre de werknemer gehouden kan worden aan contractuele bepalingen waarin een deel van zijn persoonlijke vrijheid wordt beperkt of zijn persoonlijke belangen worden geraakt, en of dit verschilt van het gewone contractenrecht. Om deze vraag te beantwoorden, moet de waarde van het contract in de arbeidsrelatie in het algemeen aan de orde worden gesteld.

De status van het contract in de arbeidsovereenkomst is ten eerste problematisch vanwege het vereiste van wilsovereenstemming. Dit uitgangspunt voor de totstandkoming van een overeenkomst in het algemene contractenrecht is immers in beginsel ook van toepassing op het arbeidsrecht.⁹ Door de structurele ongelijkheid tussen werkgever en werknemer, kan echter veelal getwijfeld worden of er wel sprake is van wilsovereenstemming tussen de werkgever en de werknemer op alle punten. Toch worden er contracten gesloten tussen werkgevers en werknemers en moet aan de inhoud van de contracten betekenis worden toegekend, ook als het gaat om voor de werknemer bezwarende bedingen. De status van het contract in de arbeidsovereenkomst is daarnaast problematisch omdat in de praktijk van het arbeidsrecht soms moeilijk uit te maken is of een bepaalde gewoonte of regeling die door partijen in acht wordt genomen, al dan niet aangemerkt kan worden als een overeenkomst. In het arbeidsrecht is er immers nog een andere bron voor tussen partijen geldende regelingen: de gezagsbevoegdheid. Voorschriften of gunsten worden eenzijdig door de werkgever bepaald, en kunnen dus niet als onderdeel van de afspraken tussen partijen aangemerkt worden. Een gebruikelijk voorschrift of een gunst is echter soms maar moeilijk te onderscheiden van een stilzwijgende

⁹ Vanwege de gelaagde structuur van het BW. Zie Konijn 1999, hoofdstuk 1.

overeenkomst.¹⁰ Ten slotte is er nog de belofte of toezegging als bron voor tussen partijen geldende regels.

In het navolgende zal eerst de relativering van het (schriftelijke) contract aan de orde komen. Daarna zal de afbakening tussen het contract en de gezagsbevoegdheid worden besproken. Beide kwesties zullen in verband worden gebracht met hun betekenis voor de bescherming van de persoonlijke belangen van de werknemer.

9.2.2 Gebondenheid aan het contract als uitgangspunt

In de arbeidsrechtelijke literatuur is tot nu toe niet overdreven veel aandacht besteed aan de vraag, of er civielrechtelijk gezien¹¹ bijzondere eisen gesteld moeten worden aan de gebondenheid van partijen bij een arbeidsovereenkomst aan een door hen ondertekend beding.¹² Dat zou kunnen komen omdat er in beginsel geen reden is om af te wijken van de algemene regels in het contractenrecht. In veel gevallen legt de Hoge Raad inderdaad geen bijzondere maatstaven aan voor bedingen die in een arbeidsovereenkomst voorkomen, ook al versterken deze bedingen economisch en juridisch gezien de machtsongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer. Zo werden bedingen waarin werkgevers zich het recht voorbehielden geschillen over de uitvoering en invulling van de overeenkomst eenzijdig te beslissen, in de eerste helft van de vorige eeuw ook voor de arbeidsovereenkomst geldig verklaard.¹³ Zogeheten incorporatiebedingen en wijzigingsbedingen zijn voorts zonder meer geldig, zij het dat een beroep erop wel getoetst kan worden aan de redelijkheid en billijkheid.¹⁴ Met een incorporatiebeding wordt een werknemer gebonden aan een eenzijdig door de werkgever vastgesteld reglement of aan een collectieve regeling via de toepasselijkverklaring van die regeling in de individuele overeenkomst. Met een wijzigingsbeding wordt de werknemer gebonden aan toekomstige wijzigingen van de arbeidsovereenkomst of van de daarin via een incorporatiebeding opgenomen regelingen. Daarmee kan 'werkgevers wil wet'¹⁵ worden via de binding aan het contract. Dezelfde 'gewone' maatstaven voor de gebondenheid aan overeenkomsten golden overigens tot midden jaren negentig

10 Vgl. Jellinghaus 2003, par. 2.2, over de problematiek van verworven rechten.

11 Dit vraagstuk wordt behandeld zonder rekening te houden met de doorwerking van grondrechten. Zie hierover hoofdstuk 14.

12 Voor de gebondenheid aan collectieve arbeidsovereenkomsten middels de Wet CAO of de Wet AVV gelden overigens specifieke, vrij ondubbelzinnige eisen, die in de literatuur wel vaak aan bod komen maar die ik verder buiten beschouwing laat. Civielrechtelijk georiënteerde handboeken en proefschriften besteden aan de algemene vraag geen bijzondere aandacht.

13 HR 19 februari 1915, W 9861 m.nt. E.M.M. en HR 20 januari 1927, NJ 1927, 639 m.nt. E.M.M. In 2001 is de HR teruggekomen op dit standpunt, zie hierna. Vgl. Roozendaal 2004.

14 HR 4 mei 1956, NJ 1956, 299 (incorporatiebeding); HR 1 juli 1976, NJ 1977, 48 m.nt. P.Z. (wijzigingsbeding; toets aan redelijkheid; in casu was werknemer niet gehouden aan eenzijdige verlaging provisieregeling); HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 m.nt. PAS (IBM, incorporatiebeding en wijzigingsbeding gecombineerd toegestaan). Het beroep op deze bedingen kan volgens het IBM-arrest worden beoordeeld in het licht van de redelijkheid en billijkheid. De annotator wijst er op dat dit niet afwijkt van het criterium in het algemene verbintenissenrecht. Art. 7:613 BW is na deze rechtspraak ingevoerd, namelijk in 1998 (zie par. 9.3.2).

15 Olbers 1989, p. 160-165.

ook voor contractswijzigingen in het arbeidsrecht. Zo moest voor contractswijzigingen tegen de zin van de werknemer de 'gewone' weg in het algemene contractenrecht worden bewandeld, te weten via art. 6:248 lid 2 BW of 6:258 BW.¹⁶ In 1998 is daar een alternatief voor gekomen, waarover meer in par. 9.3.3.

Een ander voorbeeld is het leerstuk misbruik van omstandigheden. Zoals besproken in par. 8.2.6, kan op het leerstuk van misbruik van omstandigheden een beroep worden gedaan in geval van misbruik van economische machtsongelijkheid. Voor de vraag of van dergelijk misbruik sprake is, moeten de belangen van partijen worden afgewogen. Bij een ernstige verstoring van het belangenevenwicht kan het overeengekomen beding vernietigd worden. Vanwege de structurele machtsongelijkheid in het arbeidsrecht zou de Hoge Raad er voor kunnen kiezen om de toegankelijkheid van deze regeling te verlichten voor de werknemer. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door de bewijslast om te draaien, in die zin dat een voor de werknemer (zeer) bezwaarlijk beding verondersteld wordt niet in vrijheid te zijn ondertekend.

De Hoge Raad heeft bij arbeidsrechtelijke geschillen waarin hierop een beroep werd gedaan echter geen bijzondere toepassing gegeven aan dit leerstuk. De Hoge Raad lijkt in voorkomende gevallen weinig gewicht toe te kennen aan de structurele economische afhankelijkheid van werknemers in het algemeen, en zoekt de voorwaarden voor een succesvol beroep op het leerstuk eerder in factoren die op geestelijke afhankelijkheid in een specifiek geval duiden. Van misbruik van omstandigheden zal volgens de Hoge Raad volgens een uitspraak uit 1999 namelijk met name dan sprake zijn indien de werkgever wist of had moeten begrijpen dat de werknemer door bijzondere omstandigheden (zoals bijvoorbeeld afhankelijkheid of onervarenheid) bewogen werd tot het geven van instemming, en hij (desalniettemin) de instemming van de werknemer bevorderde terwijl hetgeen hij wist of had moeten begrijpen hem daarvan had behoren te weerhouden.¹⁷ Hoewel het argument dat de werknemer zich in vrijheid aan het contract gebonden heeft en dat die vrijheid gerespecteerd moet worden, niet zelden fictief is, houdt de Hoge Raad hier dus vast aan het uitgangspunt van gebondenheid aan het contract.

16 In 1987 werd een gewenste contractswijziging door een werkgever afgewezen, met de opmerking van de AG dat dit maar heel zelden kan worden gehonoreerd. Zie HR 6 november 1987, *NJ* 1988, 258, r.o. 3.4 en de AG, par. 45.

17 Vgl. HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 652 m.nt. PAS, r.o. 3.3.1. In casu slaagde het beroep op nietigheid van een beëindigingsovereenkomst wegens uitgeoefende druk op de werknemer om snel akkoord te gaan met een beëindigingsregeling. Zie voor een geslaagd beroep op het leerstuk tevens HR 8 februari 2002, *NJ* 2002, 267 (*Sjoers/Topmen*). Hierin stelde de werkgever aan een wettelijk verplichte afgifte van een verklaring t.b.v. een vordering van de werknemer op de fiscus, de voorwaarde dat een door de werkgever aan de fiscus betaalde overhevelingstoeslag door de werknemer aan de werkgever zou worden terugbetaald. Het akkoord gaan met deze voorwaarde werd verondersteld voort te vloeien uit het feit dat de werknemers niet wisten dat de werkgever wettelijk verplicht was de verklaring af te geven. HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 355 (*Simpson/Greenpeace*). Het feit dat de werknemer akkoord was gegaan met een 'draaideur'constructie, met als het bij hem bekende doel het ontduiken van dwingendrechtelijke ontslagbescherming, wordt hierin niet als aanwijzing gezien dat er sprake is van misbruik van omstandigheden. Ook zijn persoonlijke omstandigheden (kostwinnerschap, lees: economische en organisatorische afhankelijkheid) konden niet tot dat oordeel leiden.

Welke gevolgen heeft dit voor de afweging tussen persoonlijke belangen en bedrijfsbelangen in het arbeidsrecht? Het beginsel van gebondenheid aan het contract werkt naar verwachting in het voordeel van de belangen van de werkgever en in het nadeel van de (veelal persoonlijke) belangen van de werknemer. In potentie kan de werkgever daarmee namelijk (nog) ruimere en sterkere verplichtingen scheppen voor de werknemer dan via de gezagsuitoefening. In een geschil over de nakoming van een contract wordt, zoals bleek in het vorige hoofdstuk, het contract namelijk in beginsel maatgevend geacht voor de verplichtingen van partijen, ongeacht de bij het geval betrokken (persoonlijke) belangen. Dit zou men een afstandelijke wijze van toetsen kunnen noemen. De rechter mengt zich niet in de risicoverdeling die partijen blijkens hun contract de juiste hebben geacht, behalve als de belangen van partijen bijzonder uit evenwicht zijn. Deze afstandelijke wijze van toetsen is in mindere mate van toepassing op de gezagsuitoefening. Op de gezagsuitoefening is van toepassing de verplichting om zich als een goed werkgever te gedragen, en deze verplichting is in beginsel onderhevig aan volledige toetsing door de rechter.¹⁸ Daarom kan de binding van de werknemer aan een contractueel beding mogelijk extra handelingsvrijheid opleveren voor de werkgever ten opzichte van de binding aan dezelfde regeling via de gezagsuitoefening.¹⁹ Of dat verschil in de praktijk inderdaad aanwezig is, wordt behandeld in par. 9.4.4.

9.2.3 Dwingend recht en rechterlijke vrijheid als belangrijke uitzonderingen

Het respect voor contractvrijheid en het beginsel van gebondenheid aan het contract werkt in het voordeel van een sterkere economische partij, in het arbeidsrecht doorgaans de werkgever. De werkgever kan in die zin misbruik maken van de economische afhankelijkheid van werknemers. De wetgever was zich al vroeg bewust van deze realiteit, nog ruim voor het leerstuk misbruik van omstandigheden was ontwikkeld in de jurisprudentie.²⁰ De eerste sociale wetgeving, die tot stand kwam aan het einde van de 19^e eeuw, was wetgeving waarmee afspraken over arbeidsduur werden beperkt, zoals al uitgebreid is besproken in hoofdstuk 3. Daarbij kwam dus dwingend recht in de plaats van respect voor partij-autonomie. Om die rechtsregels op te stellen had de wetgever zelf de belangen van werkgever en werknemer tegen elkaar afgewogen. Deze afweging werd in de plaats gesteld van de afweging die partijen zelf 'in vrijheid' zouden hebben gemaakt.

De ingreep van de wetgever ter bescherming van de afhankelijke werknemer bestond niet zelden uit de nietigverklaring van bedingen die in strijd waren met een bepaalde regel. Dit vertoont gelijkenissen met de figuur van nietigheid van een

18 Vgl. HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 m.nt. Stein (*Nuts/Hofman*); zie ook HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 679 (*Van den Berg/Daniel de Brouwerstichting*).

19 Een concreet voorbeeld is overwerk. Het moeten verrichten van overwerk kan inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer. Als deze verplichting is overeengekomen, zou de werknemer daar in beginsel aan gebonden zijn. Als deze verplichting niet is overeengekomen maar overwerk toch wordt opgedragen, is de werknemer alleen gehouden hieraan te voldoen als de werkgever daarbij een door hem te bewijzen (zwaarwegend) belang heeft. Zie ook par. 3.6.3 en Roozendaal 2007a.

20 Zie voor de eerste aanvaarding van dit leerstuk in de rechtspraak HR 11 januari 1957, *NJ* 1959, 37 m.nt. H.B. (*Bovag*); Konijn 1999, p. 80.

overeenkomst of een beding in een overeenkomst wegens misbruik van omstandigheden, een mogelijkheid die zoals besproken ook voorkomt in het gewone contractenrecht. Bij nader inzien is er echter een groot verschil. Voor een geslaagd beroep op een wilsgebrek geldt namelijk een zware bewijslast voor de 'wilsgebrekige'. Dat is niet zo in het geval van dwingend recht. In het geval van dwingend recht wordt het beginsel van de gebondenheid aan het contract verlaten. De wetgever legt zijn eigen belangenafweging op aan partijen. Die hoeven voor een beroep op de nietigheid van andersluidende afspraken geen wilsgebrek te bewijzen. Dwingend recht ter bescherming van de economisch afhankelijke werknemer vormt daarmee zonder meer een belasting voor de werkgever als men het vergelijkt met het gewone contractenrecht. Een aantal hoofdonderwerpen die geregeld worden in het dwingende recht, zullen in dit hoofdstuk op hoofdlijnen worden weergegeven. Daarbij staat de vraag centraal, welke persoonlijke belangen van de werknemer door dat recht worden beschermd, en hoe ver die bescherming gaat.

Naast het dwingende recht kan als opvallend kenmerk van het arbeidsrecht genoemd worden, de grote rechterlijke vrijheid bij het toepassen van de wet. Meijers merkte in zijn commentaar op de wet van 1907 al op dat er weinig onderwerpen van burgerlijk recht waren, 'waarbij de taak van den rechter zoo weinig een automatische kan genoemd worden en waarbij zooveel aan zijn eigen oordeel is overgelaten'.²¹ Hij wees daarbij op de onbepaaldheid van vele uitdrukkingen in de wet, thans ook wel aangeduid met 'vage normen'.²² Belangrijke voorbeelden daarvan waren destijds al de verplichting om zich als een goed werkgever of een goed werknemer te gedragen (thans art. 7:611 BW), en de beoordeling of er sprake is van een dringende reden om een arbeidsovereenkomst te doen eindigen (art. 7:677 BW) of een gewichtige reden om de overeenkomst te ontbinden (art. 7:685 BW).²³ Daarnaast was deze vrijheid ook toen al te vinden in matigingsrechten, soms ten koste van de werknemer.²⁴ Er zijn in de huidige wet nog veel meer voorbeelden te vinden.²⁵

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet op de Arbeidsovereenkomst waren de Eerstekamerleden bezorgd, dat de hoeveelheid vage normen het gevaar mee zou brengen, dat de onpartijdigheid van de rechter in twijfel zou worden getrokken. De minister bracht hier tegen in, dat de rechter een andere maatstaf diende aan te houden dan zijn persoonlijke sympathieën, en dat hij zich steeds op de hoogte moest stellen van de omstandigheden.²⁶ Bijna een eeuw later werd door de

21 Meijers 1912, p. 51.

22 Vgl. Wiarda 1999, p. 43.

23 Meijers 1912, p. 53. Daarnaast wordt genoemd de (duur van de) loondoorbetalingsverplichtingen bij ziekte, wettelijke verplichtingen en calamiteiten (art. 1638c) en de zorgplicht (art. 1638x).

24 Meijers noemde onder andere het matigen van de wettelijke verhoging (art. 1638q) en de uitbetaling van het bedongen loon als de werknemer iets anders dan het bedongene reeds in betaling had aangenomen (art. 1638j), de regeling van het concurrentiebeding (art. 1637x), en vermindering van bedongen schadevergoeding (art. 1639r lid 4).

25 Bijvoorbeeld art. 7:613, 628, 629 lid 3 en lid 6, 629a lid 2, 638 lid 2, 646, 648, 649, 653, 681 en 682.

26 Meijers 1912, p. 51.

wetgever zelfs de mogelijkheid toegejuicht, dat de wet in bijvoorbeeld art. 7:611 BW ruimte liet voor afstemming op maatschappelijke ontwikkelingen.²⁷

Voor het onderwerp van deze studie is uiteraard van belang, dat vage normen de mogelijkheid of zelfs de plicht bieden voor de rechter om bij de interpretatie daarvan, de belangen van rechtszoekenden tegen elkaar af te wegen. Daarbij moeten in casu de belangen van de werkgever worden afgewogen tegen de belangen van de werknemer. In de volgende paragrafen komt, naar onderwerp gerangschikt, aan de orde wat er te zeggen valt over de manier waarop rechters deze afweging hebben gemaakt voor een aantal belangrijke leerstukken in het arbeidsrecht.

9.2.4 *Uitzonderingen op het beginsel van gebondenheid aan het contract in de rechtspraak*

Zoals vermeld is het beginsel van gebondenheid aan het contract het uitgangspunt in veel arbeidsrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad. Dwingend recht maakt vaak een uitzondering hierop ter bescherming van de werknemer. Hoewel de Hoge Raad het dwingende recht doorgaans loyaal toepast, heeft het beschermingskarakter daarvan de Hoge Raad er niet toe bewogen om arbeidscontracten stelselmatig te toetsen aan de vraag of de belangen van de werknemer wel voldoende beschermd zijn in een door hem ondertekend beding. De Hoge Raad geeft in die zin mijns inziens ook in het arbeidsrecht vaak blijk van terughoudendheid als het gaat om de openlijke afweging van belangen van partijen in afwijking van het contract.

Het beginsel van gebondenheid aan het contract wordt op sommige terreinen echter toch gerelativeerd. Die relativering leidt soms tot beslissingen waarin de persoonlijke belangen van werknemers worden beschermd. Dat is echter niet altijd het geval. In het navolgende wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan uitspraken waarin de rechter afspraken relativeert omdat zij strijdig zijn met de strekking van bepaalde dwingendrechtelijke regels. Vervolgens komen aan de orde uitspraken waarin maatschappelijke belangen of werkgeversbelangen de doorslag geven. Een aparte paragraaf wordt gewijd aan de afwijking van de gebondenheid aan het contract in het geval van een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst (par. 9.3), aangezien dit in het arbeidsrecht een veelbesproken leerstuk is. Ten slotte wordt aandacht besteed aan uitspraken waarin de belangen van de werknemer duidelijk de doorslag hebben gegeven.

Strijd met dwingend recht

Bedingen in een arbeidsovereenkomst zijn soms nietig wegens strijd met het stelsel van de wet. Hier ligt mijns inziens aan ten grondslag een gedachte van loyaliteit aan de wetgever. Die loyaliteit brengt mee dat niet alleen het dwingende recht zelf getrouw moet worden toegepast, maar dat ook voorkomen moet worden dat juridische constructies die er toe leiden dat belangrijk dwingend recht kan worden

²⁷ Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3 p. 15. Vgl. par. 10.2.

ontlopen, effect hebben. Een algemene grondslag voor nietigheid van de bedoelde constructies kan gevonden worden in strijd met de goede zeden ex art. 3:40 BW.²⁸

Deze loyaliteitsgedachte is in het arbeidsrecht vooral terug te vinden als het gaat om ontslagbescherming, bijvoorbeeld met betrekking tot de nietigheid van ontbindende voorwaarden,²⁹ een beding inzake de bevoegdheid van de werkgever een bindende beslissing te nemen in een geschil met de werknemer³⁰ en de nietigheid van bedingen waarin de gronden voor ontslag op staande voet worden vastgelegd.³¹ Relevant in dit verband is voorts de in hoofdstuk 4 behandelde jurisprudentie waarin de Hoge Raad opzegging van een contract voor bepaalde tijd noodzakelijk achtte, hoewel dit tussen partijen niet overeengekomen was.³² Ook kan gewezen worden op de nietigheid van een beding waarin het recht op loon zonder arbeid op grond van art. 1638d BW (thans art. 7:628 BW) werd uitgesloten in geval van een vernietigbaar ontslag.³³ Een voorbeeld van loyaliteit aan de wetgever buiten het ontslagrecht biedt ten slotte een uitspraak over het verhaal van premies voor de werknemersverzekeringen op de werknemer.³⁴

Dit zijn naar mijn mening geen voorbeelden van een autonome belangenafweging door de rechter ten koste van het beginsel van gebondenheid aan het contract. De rechter sluit immers vooral aan bij wat de wetgever heeft gewild, en maakt niet zelf een belangenafweging. De vraag naar de innerlijke waarde van de betreffende wet is voor de rechter op dit punt minder relevant. Het effect van die wetgeving, en van de loyale toepassing ervan, is in het arbeidsrecht uiteraard wel vaak de bescherming van de persoonlijke belangen van de werknemer.

Maatschappelijke belangen en werkgeversbelangen

Soms geeft de Hoge Raad in het arbeidsrecht wel blijk van een relatief autonome afweging van belangen bij de vaststelling van de verplichtingen van contractspartijen. Bij de invulling van die verplichtingen hebben niet altijd de belangen van de

28 Zie voor deze grondslag van nietigheid bv. Van Heusden 2006, p. 86; Snijders 2002, p. 139.

29 Ontbindende voorwaarden in de arbeidsovereenkomst kunnen volgens de Hoge Raad slechts bij uitzondering worden aanvaard, "wegens het gesloten stelsel van het ontslagrecht". Voor aanvaarding van een ontbindende voorwaarde is vereist dat de gebeurtenis die de overeenkomst doet eindigen objectief bepaald wordt en niet afhankelijk is van de wil of de subjectieve waardering van een partij. HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685 (*Van Zijl/Koppen*, m.nt. Stein); HR 13 februari 1998, NJ 1998, 708 (*Port de Plaisance*, m.nt. Stein); HR 1 februari 2002, NJ 2002, 607 (*Monte/Bank NA*, m.nt. Heerma van Voss).

30 Een dergelijk beding wordt door de Hoge Raad als vernietigbaar aangemerkt wegens strijd met het stelsel van de wet. HR 14 november 2003, NJ 2004, 138 m.nt. GHvV (*Drie-S Invest*). HR verwijst naar de volgende wetsartikelen: 7:613, 678 lid 3, 681 lid 4 en 686, laatste zin BW.

31 Zie HR 24 februari 1995, NJ 1995, 450 m.nt. PAS (art. 678 lid 1 BW is van dwingend recht, er mag niet bij overeenkomst van worden afgeweken). Met andere woorden, de rechter kan zelfstandig beoordelen of er een dringende reden is op grond van alle omstandigheden van het geval. Vgl. Bouwens en Duk 2008, p. 405-406; Snijders 2002, p. 144; Castermans 2000, p. 83-88.

32 HR 4 april 1986, RvdW 1986, 72 (*Ragetlie*). HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 m.nt. PAS (*Campina*). Zie par. 4.3.4.

33 HR 19 juni 1959, NJ 1959, 588.

34 Het verbaalsverbod van premies (thans art. 20 lid 2 Wfsv) kan volgens de Hoge Raad niet worden ontlopen door een daarop gerichte (vaststellings)overeenkomst of een vrijwaringsbeding. HR 21 april 1995, NJ 1997, 570 m.nt. Brunner.

werknemer de overhand. De Hoge Raad kan bijvoorbeeld voorrang geven aan maatschappelijke belangen die specifiek zijn voor het arbeidsrecht, zoals het belang bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.³⁵

Een voorbeeld daarvan vormt de invulling van de redelijkheid bij de invulling van de vraag of een beroep op een wijzigingsbeding redelijk is. Het feit dat de OR of cao-partijen zich akkoord hebben verklaard met een bepaalde wijziging, is volgens de Hoge Raad een aanwijzing voor de redelijkheid van die wijziging.³⁶ Een werknemer kan voorts tegen zijn zin gebonden blijken te zijn aan een voor hem ongunstige bepaling in een bepaalde cao, ook al betreft de cao waarnaar in zijn overeenkomst wordt verwezen, een andere.³⁷ Voldoende was volgens de Hoge Raad dat in zijn overeenkomst naar het bestaan van de andere cao werd verwezen, zonder dat voor de werknemer duidelijk was welke voor hem ongunstige bepaling hierin was opgenomen. Volgens de Hoge Raad is een werknemer voldoende beschermd als de vakbonden betrokken waren bij de totstandkoming van de niet rechtstreeks toepasselijke cao.

Hiermee geeft de Hoge Raad blijk van het laten meewegen van maatschappelijke en bedrijfsorganisatorische belangen bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Een rechtvaardiging van deze benadering kan gezocht worden in de erkenning van het (maatschappelijke) belang van het collectieve systeem van arbeidsvoorwaardenvorming of het belang van de werkgever bij harmonisering van arbeidsvoorwaarden.³⁸ Dat de Hoge Raad deze ordeningsfunctie overigens niet altijd de doorslag laat geven bij een poging tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, blijkt uit een uitspraak waarin het collectief van werknemers tijdens een bijeenkomst akkoord ging met een salarisverlaging, terwijl de werknemer in kwestie zich daar ter plaatse niet tegen verzette.³⁹ Volgens de Hoge Raad kon niet worden aangenomen dat er sprake was van stilzwijgende instemming.

Ook geeft de Hoge Raad wel eens een afweging waarin wordt afgeweken van het algemene contractenrecht ten gunste van de werkgever. Het belangrijkste voorbeeld waarin de Hoge Raad het beginsel van gebondenheid aan het contract relativeert ten gunste van de belangen van de werkgever, is de beoordeling van een voorstel tot

35 Een bijzonder aspect van het arbeidsrecht dat tot nu toe nog niet is genoemd, is het collectieve gedeelte ervan, zoals de Wet CAO en de Wet AVV. Het belang van maatschappelijke ordening en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming komt uiteraard tot uiting in jurisprudentie waarin de vraag speelt, hoe een collectieve arbeidsovereenkomst moet worden uitgelegd, welke rechten en verplichtingen de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst jegens elkaar hebben, en welke grenzen er zijn aan het recht op (deelname aan) collectieve actie. Aangezien dit een lijvig onderwerp is dat van minder groot belang is voor deze studie, laat ik dit verder buiten beschouwing. Hier gaat het mij om de doorwerking van dergelijke collectieve aspecten van het recht in geschillen die niet primair de uitleg, nakoming of doorwerking van een cao betreffen.

36 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 m.nt. PAS, (*IBM*). Vgl. ook inzake de uitleg van art. 7:681 BW: HR 14 juni 2002, *JAR* 2002/165 (*Bulut/Troost*, voor de vraag of een vergoeding volgens een Sociaal Plan redelijk is, vormt het akkoord van OR of bonden voor dat plan een aanwijzing).

37 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19, *ArA* 2003/2, p. 62 m.nt. Bouwens (*TPG-Bollemeijer*).

38 Zie hierover uitvoerig Jellinghaus 2003.

39 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 509 (*Kuypers II*, zwijgen tijdens overleg met het collectief der werknemers is onvoldoende voor het aannemen van stilzwijgende instemming).

wijziging van de overeenkomst door de werkgever. Dit voorbeeld komt aan bod in par. 9.3.2.

Als tweede, minder duidelijk voorbeeld kan figureren de rechtspraak over het recht op tewerkstelling. Opmerkelijk aan deze kwestie is dat in de discussie over de vraag of de werknemer al dan niet in beginsel een recht heeft om te werk gesteld te worden, nimmer de vraag wordt gesteld of het recht op tewerkstelling primair zou kunnen afhangen van hetgeen de individuele werkgever en de individuele werknemer hieromtrent zijn overeengekomen. In plaats daarvan werd ten eerste in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat de verplichting van de werknemer om de arbeider te werk te stellen 'niet als bestanddeel van de arbeidsovereenkomst kon worden beschouwd.' Ten tweede werd gesteld, dat het een verplichting van goed werkgeverschap betrof, om de werknemer wel tewerk te stellen.⁴⁰ In de lagere jurisprudentie wordt niet zelden tot uitgangspunt genomen dat een goed werkgever de werknemer tot het werk behoort toe te laten, hetgeen betekent dat de werkgever een goede reden moet aanvoeren waarom in een bepaald geval van dat uitgangspunt zou kunnen worden afgeweken.⁴¹ Dit is een duidelijk voorbeeld van werknemersbescherming. De Hoge Raad is echter van mening dat van een algemeen recht op arbeid geen sprake is. De Hoge Raad concludeerde in 1965 dat de wetsgeschiedenis 'geen andere conclusie toelaat dan dat de wetgever ten aanzien van de vraag of de werkgever verplicht is de arbeider in staat te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten, geen algemene regel heeft willen stellen, doch het antwoord op die vraag in het kader van de in art. 1638z (lees thans: art. 7:611 BW) omschreven algemene verplichting van de werkgever zich als 'goed werkgever' te gedragen, van de aard van de dienstbetrekking en van de overeengekomen arbeid, alsmede van de bijzondere omstandigheden van elk geval heeft willen doen afhangen.'⁴² Dit brengt mee dat het veeleer aan de werknemer is om aan te tonen, dat er een goede reden is om hem wel tewerk te stellen. De Hoge Raad doet hier duidelijk niet aan werknemersbescherming, in tegenstelling tot de lagere rechtspraak. Een duidelijk voorbeeld van werkgeversbescherming is het echter ook niet, omdat de gezichtspunten die de Hoge Raad noemt, geen duidelijk voordeel opleveren voor de werkgever boven hetgeen zou gelden als de uitleg van het contract het uitgangspunt zou zijn.

Werknemersbelangen

Er zijn zoals vermeld ten slotte ook uitspraken waarin de Hoge Raad bescherming biedt aan de werknemer door een bijzondere toets aan te leggen voor de gebondenheid aan bedingen in een arbeidsovereenkomst (soms persoonlijke). Zo kan voor sommige afspraken een verzwaarde informatie- of onderzoeksverplichting gelden voor werkgevers. De werkgever heeft bijvoorbeeld onder omstandigheden een verzwaarde informatie- en onderzoeksplicht bij de totstandkoming van een

⁴⁰ Bles III, p. 438.

⁴¹ Rood 1982; Duk 1984.

⁴² HR 26 maart 1965, NJ 1965, 163 (*Walsweer/Acmesa*), herhaald in HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264 (*Possemis/Hoogenboom*); HR 27 mei 1983, NJ 1983, 758; HR 12 mei 1989, NJ 1989, 801 (*Chelbi/Klene*).

beëindigingsovereenkomst.⁴³ Deze verplichting lijkt vooral te gelden in omstandigheden die het vermoeden rechtvaardigen dat een werknemer zijn wil niet autonoom heeft bepaald, zoals intimidatie, druk om snel te tekenen, taalproblemen, of verwarring van de werknemer. De achterliggende rechtvaardiging zou kunnen zijn, dat de Hoge Raad de realiteit van het ontbreken van een materieel belang bij vrijwillige beëindiging door de werknemer in beginsel erkent, en deze laat prevaleren boven het formele respect voor de wilsverklaring van partijen, mits er wel aanwijzingen zijn dat de wil ontbrak.⁴⁴

De bescherming van de belangen van de werknemer kan men wellicht ook terug zien als het gaat om de invulling van de overeenkomst. Zoals vermeld in par. 8.2.3 kan in het gewone contractenrecht een zekere vrijheid toekomen aan de rechter om vast te stellen wat de rechten en plichten zijn van partijen middels de uitleg en aanvulling van de overeenkomst. De rechter kan daarvan gebruik maken om een van de partijen te beschermen. In het arbeidsrecht wordt van deze mogelijkheid soms gebruik gemaakt met als resultaat de bescherming van de werknemer. Een voorbeeld hiervan is het geval dat de uitvoering van de overeenkomst afwijkt van hetgeen op papier is gesteld, bijvoorbeeld als de arbeidsduur op papier onzeker is maar in de praktijk bestendig blijkt te zijn. Dat kan leiden tot het aannemen van een contract voor onbepaalde tijd, terwijl de werkneemster een 'nulurencontract' had getekend.⁴⁵ Ook kan het voorkomen dat een overeenkomst ondanks de andersluidende kwalificatie van partijen, als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt.⁴⁶ Dit wordt overigens minder snel aangenomen als er aanleiding is te twijfelen aan de machtsongelijkheid tussen partijen.⁴⁷

Het feit dat de werkelijke uitvoering een op papier gestelde afspraak opzij kan zetten, is in het gewone contractenrecht overigens ook denkbaar. Dat de rechter in

43 Zie o.a. HR 25 maart 1994, *NJ* 1994/390 (*Ritico*, de werkgever dient zich er met een redelijke mate van zorgvuldigheid van te vergewissen dat de werknemer werkelijk de arbeidsovereenkomst wilde beëindigen; komt de werkgever die onderzoekspllicht niet na, dan is de beëindigingsovereenkomst vernietigbaar op grond van het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil). Vgl. Van Heusden 2006, par. 3.2.3.

44 Deze materiële belangenafweging blijkt ook uit het nadeelvereiste, dat wordt toegepast bij de vraag of een werknemer aan zijn eenzijdige opzegging kan worden gehouden. Zie Van Heusden 2006, par. 3.2.3.

45 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704; *JAR* 1994/94, Prg. 1994, 4081 (*Agfa*, 'nulurencontract' wordt aangemerkt als overeenkomst voor onbepaalde tijd, recht op gelijk loon als vaste krachten). Opgemerkt zij dat van de 'papierwerkelijkheid' in beginsel niet wordt afgeweken als het gaat om de vraag welke partijen zich jegens elkaar hebben verbonden en de feitelijke gang van zaken pas na verloop van tijd is gaan afwijken van de afspraken op papier; dit zou teveel in strijd komen met het beginsel van rechtszekerheid. HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100 (*ABN Amro/Mahli*).

46 Zie bv. HR 15 december 2006, *JAR* 2007/19 (*BBP/Van Houdts*), waarin wordt gecasseerd wegens het passeren van het aanbod te bewijzen dat de feitelijke situatie afweek van de op papier bestaande v.o.f. Vgl. ook HR 13 juli 2007, *JAR* 2007/231 (*St. Thuiszorg/PGGM*, management-bv constructie niet gehandhaafd ten behoeve van pensioenfonds). Deze uitkomst strekte niet ter bescherming van de werknemer maar van het pensioenfonds.

47 Vgl. HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*). Hieruit volgt dat bij de kwalificatievraag o.a. betekenis mag toekomen aan de maatschappelijke positie van partijen en de vraag op wiens initiatief de overeenkomst op een wijze is ingericht die afwijkt van de bij de arbeidsovereenkomst gebruikelijke wijze.

het arbeidsrecht eerder bereid zal zijn dit te doen dan in het gewone contractenrecht is op grond van deze uitspraken dan ook niet zonder meer vast te stellen.⁴⁸ Wel heeft de Hoge Raad zoals vermeld geoordeeld dat in het geval van commerciële contractspartijen, zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij de bewoordingen van de overeenkomst.⁴⁹ A contrario kan worden geredeneerd, dat dat bij andere partijen niet het geval hoeft te zijn. Het zal derhalve niet toevallig zijn dat deze gevallen waarin aan de afspraken op papier wordt voorbij gegaan, zich nu juist voordoen in het arbeidsrecht, waarin immers sprake is van een situatie van structurele onevenwichtigheid tussen contractspartijen. Het passeren van de papieren afspraken ten gunste van de uitvoering in de praktijk, wijst daarmee wellicht toch op een bijzondere bescherming van de werknemer tegen de gevolgen van die onevenwichtigheid. Anderzijds moet bedacht worden, dat deze uitlegtechniek ook in het arbeidsrecht in het voordeel van de werkgever kan uitvallen. Dit is, zoals is gebleken in par. 3.6.2, bijvoorbeeld wel eens het geval als het gaat om arbeidstijdpatronen. Als arbeidstijdpatronen niet op schrift zijn gesteld, wordt dit in de rechtspraak soms ten nadele van de werknemer uitgelegd, namelijk als niet overeengekomen en dus voor wijziging vatbaar.⁵⁰ Ook is er een uitspraak waarin de overeenkomst zo wordt uitgelegd dat flexibele arbeidstijdpatronen daarvan onderdeel uitmaken, ook al was daarvan niets op schrift gesteld.⁵¹

Een volgend voorbeeld van werknemersbescherming is het geval waarin de Hoge Raad specifieke regels geeft waar een studiekostenbeding aan moet voldoen opdat een beroep erop redelijk is.⁵² Klaarblijkelijk tracht de Hoge Raad met die regels recht te doen aan de belangen van zowel werkgevers en werknemers bij beroepsopleiding van werknemers. De Hoge Raad stelt in dit voorbeeld zijn eigen belangenafweging in de plaats van die van partijen. De achterliggende rechtvaardiging hiervan zou kunnen zijn de erkenning van het feit, dat de werknemer afhankelijk is van het loon voor zijn levensonderhoud en de financiering van zijn privéleven.⁵³

48 Alt heeft het gegeven dat betekenis moet worden toegekend aan de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven, aangemerkt als toevoeging aan het *Haviltex*-arrest (Alt 2009, p. 75). Hij wijst echter ook op civielrechtelijke auteurs als Tjittes en P-G De Vries Lentsch-Kostense die menen dat dit criterium ook in het civiele recht als indicatie kan worden gebruikt. Zie Alt 2010, p. 17-21, p. 19 noot 17.

49 HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 169 m.nt. HJS; HR 19 januari 2007 *NJ* 2007, 575 (*PontMeyer*). Zie par. 8.2.3.

50 HR 24 juni 1966, *NJ* 1966, 457; Ktr. Leeuwarden 5 april 2006, *JAR* 2006/109.

51 HR 8 oktober 2010, *LJN* BN6131 (weekend en avonddiensten bij beveiligingswerk (impliciet) overeengekomen, 81 RO-zaak, de uitleg door het Hof Amsterdam was niet voor cassatie vatbaar).

52 HR 10 juni 1983, *NJ* 1983, 796 (*Muller/Opzeeland*). Terugbetaling van loon tijdens studie na einde arbeidsovereenkomst. De terugbetalingsverplichting dient te verminderen naar evenredigheid met het voortduren van de arbeidsovereenkomst na afronding van de opleiding. Voorts kunnen de redelijkheid en billijkheid zich ertegen verzetten dat de werkgever zich op de regeling beroept, als hij zelf het initiatief tot de beëindiging heeft genomen. Uiteraard mogen de afspraken ook niet in strijd komen met dwingend recht, zoals de Wet Minimumloon. Vgl. Van Aalst 2004. In de lagere rechtspraak worden deze regels ook toegepast op bedingen inzake terugbetaling van de kosten van de studie zelf.

53 Dit beginsel valt tevens terug te vinden in lagere rechtspraak waarin vorderingen uit onverschuldigde betaling van de werkgever worden afgewezen, zie Hofkes 1996.

Een geval waarin de Hoge Raad ten slotte duidelijk invulling aan de overeenkomst gaf ter bescherming van de werknemer, is dat waarin een langdurig arbeidsongeschikte werknemer aanbood een deel van zijn bedongen werkzaamheden te verrichten. De Hoge Raad bleek bereid om dit aan te merken als een aanbod om de bedongen arbeid te verrichten in de zin van art. 1638d BW (thans art. 7:628 BW).⁵⁴ In par. 9.3.3 en par. 9.6.1 zal ik nader ingaan op deze jurisprudentie.

9.2.5 Conclusie

De vraag in deze paragraaf was, in hoeverre in het arbeidsrecht door de wetgever of de rechter systematisch wordt afgeweken van het neutrale systeem van het contractenrecht ten gunste van de werknemer, in het bijzonder voor wat betreft de bescherming van zijn persoonlijke belangen.

Het dwingende arbeidsrecht kent veelal als uitgangspunt de wens om de werknemer te beschermen, desnoods in weerwil van gemaakte afspraken. Hetzelfde kan niet gezegd worden van de arbeidsrechtelijke jurisprudentie buiten het dwingende recht om. Net als in het gewone contractenrecht geldt ook in het arbeidsrecht in beginsel de regel dat partijen gebonden zijn aan gemaakte afspraken. Van dat uitgangspunt wordt soms afgeweken door de rechter, bijvoorbeeld door nietigverklaring van bepaalde bedingen of afspraken. In die gevallen wordt de binding aan het contract gerelativeerd. Nadere bestudering van die rechtspraak wijst uit dat het daarbij in de meerderheid van de gevallen gaat om het relativeren van bedingen waarmee belangrijke onderdelen van dwingendrechtelijke ontslagbescherming van de werknemer zouden kunnen worden omzeild. Daarmee toont de rechter zich loyaal aan het dwingende ontslagrecht, zonder dat gezegd kan worden dat de rechter zelf een autonome afweging heeft gemaakt tussen het belang van de werkgever bij het ontslag en de belangen van de werknemer bij het behoud van zijn baan. Buiten het ontslagrecht komt het minder vaak voor dat de rechter werknemers niet aan een afspraak houdt. Werknemers zijn bijvoorbeeld doorgaans gebonden aan incorporatiebedingen of wijzigingsbedingen, ook al is een dergelijk beding duidelijk niet in hun voordeel gemaakt en pakt het in een gegeven geval ongunstig voor hen uit. Het leerstuk misbruik van omstandigheden wordt ook in het arbeidsrecht niet gebruikt om structurele economische machtsongelijkheid mee te compenseren. De voorbeelden waarin de Hoge Raad de werknemer duidelijk op grond van 'autonome' overwegingen in bescherming neemt bij de vaststelling van contractuele verplichtingen zijn mijns inziens niet bijzonder talrijk. De voorbeelden betreffen veelal vrij specifieke bedingen of specifieke situaties, zoals het beroep op een studiekostenbeding. Een belangrijke uitzondering geldt voor de langdurig arbeidsongeschikte werknemer en voor de uitleg van het contract naar de uitvoering ervan, desnoods in afwijking van afspraken op papier. Dit laatste zou zich echter ook in het algemene contractenrecht kunnen voordoen. Uit de rechtspraak blijkt voorts dat bescherming van de werknemer niet de enige waarde is die een rol speelt bij de vaststelling of

⁵⁴ HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248 (*Roovers/de Toekomst*); HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (*Van Haaren/Cehave*).

uitleg van contractuele verplichtingen. Ook het belang van de werkgever of het belang bij maatschappelijke ordening kan een rol spelen. Tenslotte moet gewezen worden op de uitspraken waarin de relativering van de overeenkomst niet ten gunste van de werknemer, maar ten gunste van de werkgever uitvalt. Een belangrijk voorbeeld daarvan komt aan de orde in de volgende paragraaf.

9.3 Wijziging van de arbeidsovereenkomst

9.3.1 Inleiding

De wijziging van de arbeidsovereenkomst op grond van veranderde omstandigheden verdient een bijzondere plaats in de bespreking van de status van het contract in het arbeidsovereenkomstenrecht. Deze kwestie heeft het afgelopen decennium namelijk tot opmerkelijke rechtspraak geleid. Het onderwerp is bovendien van bijzonder belang voor de rol van persoonlijke omstandigheden in het arbeidsrecht. Een door de werkgever gewenste wijziging kan voor de werknemer onwenselijk zijn, juist vanwege zijn persoonlijke omstandigheden of belangen. Omstandigheden waaronder de werknemer de overeenkomst aan wil passen zullen anderzijds vaak persoonlijke omstandigheden zijn.

In het navolgende maak ik onderscheid tussen wijzigingen op verzoek van de werkgever (par. 9.3.2) en op verzoek van de werknemer (par. 9.3.3). Daarbij gaat het in eerste instantie om structurele wijzigingen. Aan het einde besteed ik aandacht aan het verschil tussen structurele wijzigingen en incidentele wijzigingen van de overeenkomst.

9.3.2 Wijzigingswens werkgever

De behoefte aan wijziging van de overeenkomst wegens veranderde omstandigheden is een situatie die in een duurovereenkomst vaker voorkomt dan bij incidentele transacties, en des te vaker als het, zoals in het arbeidsrecht, om een samenwerkingsovereenkomst gaat waarbij partijen veelvuldig geconfronteerd worden met elkaars omstandigheden. Ondanks de bijzondere aspecten van de arbeidsovereenkomst werd in de rechtspraak en in de literatuur echter lange tijd geen uitzondering gemaakt voor de gebondenheid aan het contract. Uitgangspunt in de literatuur, rechtspraak en wetgeving was, dat een arbeidsovereenkomst, net als een gewone overeenkomst, niet eenzijdig gewijzigd kon worden, behalve in geval van onvoorziene omstandigheden.⁵⁵ In 1987 werd een gewenste contractswijziging door een werkgever bijvoorbeeld nog terloops afgewezen, met de opmerking van de A-G dat dit maar heel zelden kan worden gehonoreerd.⁵⁶ Voor contractswijzigingen moest de 'gewone' weg in het algemene contractenrecht worden bewandeld, te weten via (de voorgangers van) art. 6:248 lid 2 BW of via art. 6:258 BW. Dat werd nog eens

⁵⁵ Jellinghaus 2003, p. 209-219. Vgl. Van der Grinten 1986, p. 200; p. 202.

⁵⁶ HR 6 november 1987, *NJ* 1988, 258 (zie r.o. 3.4 en de AG, par. 45).

bevestigd in 1993.⁵⁷ Binnen die 'gewone' route paste overigens zoals vermeld wel, dat de werknemer zich in de overeenkomst akkoord verklaarde met toekomstige eenzijdige wijzigingen ervan (zie par. 9.2.1). In de literatuur stuitte de aanvaarding door de Hoge Raad van het wijzigingsbeding op weerstand,⁵⁸ en ook de wetgever zag aanleiding in te grijpen.

In 1998 werd een regeling inzake het wijzigingsbeding ingevoerd (het huidige art. 7:613 BW).⁵⁹ Volgens deze bepaling kan de werkgever slechts een beroep doen op een schriftelijk wijzigingsbeding, als hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft, dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het uitgangspunt van gebondenheid aan het contract werd bij de discussie over 7:613 BW in het parlement als een gegeven beschouwd.⁶⁰

Overigens wordt bij de uitleg van art. 7:613 BW soms een beperking aangebracht op het begrip arbeidsvoorwaarden. Niet alle afspraken zouden onder dat begrip vallen, bijvoorbeeld afspraken over ontslagvergoedingen niet.⁶¹ Als men dat wil aannemen, zou dat betekenen dat de werkgever bij een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding, alleen in geval het om wijziging van arbeidsvoorwaarden gaat, een zwaarwichtig belang dienen aan te tonen. Voor andere afspraken zou hij zonder meer een beroep kunnen doen op het wijzigingsbeding.⁶² De wetsgeschiedenis geeft mijns inziens echter geen aanleiding voor een dergelijke beperkte uitleg.⁶³

Enige maanden na invoering van dit artikel wees de Hoge Raad het arrest Van der Lely/Taxi Hofman.⁶⁴ Volgens die uitspraak is een goede werknemer in het algemeen gehouden positief in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, en mag hij dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Het maakt daarbij volgens de Hoge Raad geen verschil of de gewijzigde omstandigheden al dan niet in de risicosfeer van de werkgever liggen. Hierna zal ik deze regels ook aanduiden als 'de taxi-regel'. De verplichting om

57 HR 19 november 1993, NJ 1994, 156 (*Campina/Jole*).

58 O.a. Olbers 1989.

59 Wet van 19 februari 1998, Stb. 1998, 107, i.w.tr. 4 maart 1998.

60 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 22.

61 Ktr. Amsterdam 7 oktober 2009, *JAR* 2009/261; Ktr. Utrecht 9 oktober 2009, *JAR* 2009/264.

62 Vergelijk Bouwens en Duk 2008, p. 53; HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 m.nt. PAS (*IBM*) uiteraard met inachtneming van hetgeen de redelijkheid en billijkheid eisen.

63 De parlementaire geschiedenis bevat alleen uiteenzettingen over het onderscheid tussen primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden, zonder dat aan dit onderscheid rechtsgevolgen worden verbonden. *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 7, p. 4 en nr. 9, p. 3; Gundt 2009a, p. 35. Vgl. tevens de ruime definitie in SER 94/06, p. 37: 'het samenstel van rechten en plichten van werkgever en werknemer tegenover elkaar ten aanzien van het verrichten van arbeid in loondienst'. Zie ook Van Slooten 1999, p. 110 en De Wolff 2007, p. 107. Ook bij andere vindplaatsen van deze term wordt het begrip ruim opgevat, zoals in geval van art. 7:648 BW (*Kamerstukken II* 2001/02, 27 661, nr. 10, p. 6) en in de Wet CAO (HR 20 maart 1998, *JAR* 1998/127).

64 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767; nadien bevestigd in HR 28 april 2000, *JAR* 2000, 120 (*Guitoneau/Midnet Taxi*) en HR 14 november 2003, NJ 2004, 138 m.nt. GHvV (*Drie-S Invest*).

wijzigingen te aanvaarden op grond van het goed werknemerschap viel overigens al te signaleren in lagere jurisprudentie vanaf midden jaren negentig.⁶⁵

Dat de Hoge Raad deze verplichting bevestigde juist nadat de wetgever een beperking had gesteld aan het beroep op een wijzigingsbeding in art. 7:613 BW, heeft voor de nodige verwarring gezorgd. Naar de letter genomen gaat het hier weliswaar niet om een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de werkgever, maar om een geclausuleerde 'aanvaardingsplicht' van de werknemer. In latere uitspraken heeft de Hoge Raad meer nadruk gelegd op de overleg- of heronderhandelingsplicht als belangrijk element van de taxi-regel.⁶⁶ Dat betekent dat er ten opzichte van de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid, meer ruimte is voor tegenvoorstellen van de werknemer, of voor het 'opkomen voor wat hij als zijn rechten ziet'.⁶⁷ Voor sommigen was dit voldoende om te oordelen dat van een spanning met art. 7:613 BW geen sprake was.⁶⁸ Inderdaad kan gewezen worden op juridisch relevante gevolgen van het verschil tussen een wijzigingsrecht en een heronderhandelingsplicht, bijvoorbeeld voor de vraag naar nakoming van de afspraak waarvan een wijziging wordt voorgesteld.⁶⁹

Op enig moment kan echter een aanvaardingsplicht ontstaan. Bij de inhoudelijke beoordeling van wijzigingsvoorstellen door de rechter gaat het vermoedelijk meestal om het toetsen van de aanvaardingsplicht, omdat de rechter zich in de praktijk meestal pas over het wijzigingsvoorstel buigt als de arbeidsrelatie al is beëindigd of onherstelbaar is beschadigd. In de literatuur werd dan ook opgemerkt, dat de nuance tussen eenzijdige wijziging en de aanvaardingsplicht van de taxi-regel in de praktijk van het arbeidsrecht verloren zou gaan.⁷⁰ Terwijl in de lagere jurisprudentie de meest uiteenlopende afspraken op grond van de regel kunnen worden gewijzigd,⁷¹ probeerde men de reikwijdte ervan in de literatuur te beperken door hem bijvoorbeeld alleen toepasselijk te achten op secundaire arbeidsvoorwaarden,⁷² op (voormalig) arbeidsongeschikten,⁷³ op organisatorische wijzigingen of op omstandigheden op het

65 Zie het overzicht in Jellinghaus 2003, p. 208; Luttmer-Kat 1994. Tot midden jaren negentig bleef de verplichting onvermeld in de literatuur, zie bv. Rood 1982, p. 240-249 en Van der Grinten 1990 p. 138-139.

66 HR 14 november 2003, NJ 2004, 138 m.nt. GHvV (*Drie-S Invest*); vgl. Roozendaal 2004. Duidelijker nog blijkt dit uit HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (*Stoof/Mammoet*).

67 HR 14 november 2003, NJ 2004/138 m.nt. GHvV (*Drie-S Invest*).

68 Bv. HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (A-G Keus, overweging 3.13).

69 Bouwens en Roozendaal 2010. Zowel bij het niet nakomen van een aanvaardingsplicht als het niet nakomen van een eenzijdig gewijzigde overeenkomst kunnen alle voorkomende typisch arbeidsrechtelijke sancties worden opgelegd, zoals het niet doorbetalen van loon of ontslag. Wel kan het verschil uitmaken voor het tijdstip waarop de wijziging ingaat: bij eenzijdige wijziging op het moment dat de werkgever wijzigt, bij de aanvaardingsplicht pas op het moment dat de werknemer (eventueel gedwongen door de rechter) aanvaardt. Dat heeft gevolgen voor de verplichting tot nakoming van de ongewijzigde afspraak. De loondoorbetalingsverplichting op grond van art. 7:628 kan echter al vervallen vanaf het moment dat aanvaard had moeten worden (zie par. 9.6.1).

70 Zie bv. Jellinghaus 2003, p. 211.

71 Vgl. Loonstra e.a. 2007, p. 39-46; Zondag 2006, p. 4-54.

72 Moonen 2004, p. 5-8.

73 Heerma van Voss 1999, p. 129.

werk,⁷⁴ of door het stellen van procedurele eisen zoals zorgvuldige voorbereiding en implementatie.⁷⁵ Hoge ogen gooide vooral de afbakening waarin is voorgesteld om de taxi-regel te bewaren voor individuele wijzigingsvoorstellen, terwijl art. 7:613 BW gereserveerd zou worden voor 'collectieve wijzigingen'.⁷⁶

Naast de onduidelijkheid over de samenhang met (de ratio van) art. 7:613 BW, bestond onduidelijkheid over de samenhang met de wijzigingsregels in Boek 6 BW. Na het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest zijn namelijk uitspraken geweest, waarin een wijzigingsverzoek van een werkgever en van werknemers wel aan art. 6:248 BW werd getoetst, inclusief de 'gewone' bewijslastverdeling die daarbij hoort.⁷⁷ Uit deze arresten blijkt niet, waarom in deze gevallen het geschil over de wijzigingswens wel weer volgens de 'gewone' regels moest worden opgelost. Daarom is voorgesteld, om in weerwil van de bewoordingen van de taxi-regel, de bewijslastverdeling van art. 6:248 lid 2 BW toch op de taxi-regel van toepassing te achten.⁷⁸

De discussie over deze kwesties is gedeeltelijk opgelost door de *Mammoet*-uitspraak van de Hoge Raad uit 2008.⁷⁹ Met zoveel woorden is daarin afgewezen het standpunt, dat de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW (alleen aanvaardingsplicht als afwijzing van een voorstel naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is) van toepassing zou zijn op de taxi-regel. De Hoge Raad doet verder een poging, de toepassing van de taxi-regel af te bakenen van de toepassing van art. 7:613 BW. Deze poging is niet geheel geslaagd, zoals mag blijken uit de discussie die hierover is ontstaan in de literatuur.⁸⁰ In r.o. 3.3.3 wordt een onderscheid gemaakt tussen de situatie met en zonder wijzigingsbeding, waarna een uitspraak volgt over de rechtspositie van de werknemer zonder wijzigingsbeding. Daarmee ontstaat de suggestie dat wanneer er een wijzigingsbeding is, de toets van een wijzigingsvoorstel exclusief volgens art. 7:613 BW moet verlopen. De Hoge Raad spreekt vervolgens echter uit dat 7:613 BW 'veeleer' ziet op wijzigingen ten opzichte van verscheidene werknemers. Hierin klinkt door het voorstel, om art. 7:613 BW te reserveren voor collectieve wijzigingen en de taxi-regel voor individuele. Het woord *veeleer* laat echter ruimte voor toepassing in individuele gevallen, zodat onduidelijk blijft waar de afbakening dan ligt.

Uit de *Mammoet*-uitspraak volgt wel een deels gewijzigde regel voor de belangenafweging bij toepassing van de taxi-regel. De Hoge Raad stelt daaromtrent in r.o. 3.3.3 het volgende. De werknemer is bij het ontbreken van een wijzigingsbeding in

⁷⁴ Jansen en Loonstra 2001b, p. 30-44.

⁷⁵ Konijn 1999, p. 278.

⁷⁶ Beltzer 2004b, p. 31-36. Art. 7:613 BW zou dan alleen van toepassing zijn op 'collectieve wijzigingen', welk begrip overigens niet wordt gedefinieerd, en art. 6:248 BW op collectieve wijzigingen zonder wijzigingsbeding.

⁷⁷ Zie voor het werkgeversverzoek: HR 25 februari 2000, *JAR* 2000/85 (*FNV/Frans Maas*); Werknemersverzoek: HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 (*Parallel Entry/KLM*). Daarin wordt bij de toepassing van art. 7:611 BW de bewijslastverdeling van art. 6:248 lid 2 BW (naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar) ingeroepen, zie r.o. 3.5.2.

⁷⁸ O.a. de AG in HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204; par. 3.9, noot 33 en 34; Zondag 2006, p. 27-28.

⁷⁹ HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (*Stoof/Mammoet Transport B.V.*).

⁸⁰ Vgl. Beltzer 2008 en Heinsius e.a. 2008.

beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Partijen moeten daarover overeenstemming bereiken, met inachtneming van de eisen van goed werkgever- en werknemerschap. Over die eisen, die een belangenafweging meebrengen, zegt de Hoge Raad in r.o. 3.3.2:

“Daarbij verdient opmerking dat bij de hier te hanteren maatstaf het accent niet eenzijdig moet worden gelegd op hetgeen van de werknemer in een dergelijke situatie wordt verwacht. Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden [...] Vervolgens dient nog te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden.”

In het navolgende zal ik deze passage ook aanduiden als de Mammoet-regel.

Hieruit blijkt dat de belangenafweging in drie stappen moet worden uitgevoerd. Eerst moet worden uitgezocht of er gewijzigde omstandigheden zijn die kunnen leiden tot een wijzigingsvoorstel. Dan moet voor de vraag of er een redelijk voorstel is gedaan, kort gezegd de belangen van de werkgever en de werknemer worden gewogen met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Ten slotte volgt nog een redelijkheidstoets, waarbij, naar ik aanneem, getoetst moet worden of een voorstel dat op zichzelf redelijk is, toch niet aanvaard behoeft te worden wegens de bijzondere persoonlijke omstandigheden van de werknemer.⁸¹ Welke belangen van de werkgever en de werknemer precies zwaar kunnen wegen en welke niet, volgt niet uit de uitspraken van de Hoge Raad.⁸² Opmerking verdient het feit dat de belangenafweging volgens de Mammoet-regel iets evenwichtiger is geworden ten opzichte van de oorspronkelijke taxi-regel. In de regel zoals geformuleerd in de *Taxi Hofman*-uitspraak wordt met een ‘ja, tenzij’-constructie de suggestie gewekt dat de aanvaardingsplicht regel is en het geval dat de werknemer een redelijk belang heeft

81 Deze laatste toets wekt verwarring, omdat onduidelijk is welke belangen daarin meewegen die nog niet bij de tweede stap waren meegewogen. Vgl. Gundt 2009b, Grapperhaus 2009, Van Slooten 2008.

82 De uitspraak laat daarmee ruimte voor het in de literatuur bepleite zwaarder laten wegen van bijvoorbeeld organisatorische omstandigheden ten opzichte van financiële, of omstandigheden buiten de risicosfeer van de werkgever versus omstandigheden daarbinnen, of, aan de kant van de werknemer, het zwaarder laten wegen van zijn belang bij het behoud van ‘essentiële’ arbeidsvoorwaarden versus secundaire arbeidsvoorwaarden. Vgl. Gundt 2009b.

bij weigering, de uitzondering. Het zwaartepunt van de bewijslast is ten opzichte van de oorspronkelijke taxi-regel derhalve iets verschoven in de richting van de werkgever.

Desalniettemin is er in mijn ogen nog steeds een groot verschil met de wijze waarop in het algemene contractenrecht omgegaan wordt met wijzigingswensen van contractspartijen (zie par. 8.2.4 en 8.2.5). Het verschil met het algemene contractenrecht valt nog het beste uit te drukken als een verschil in bewijslastverdeling. Zoals uitvoerig besproken in hoofdstuk 8, is het uitgangspunt in het algemene contractenrecht in dergelijke gevallen de gebondenheid aan de overeenkomst. De partij die de overeenkomst gewijzigd wil zien of de wederpartij tot onderhandeling daarover wil dwingen, zal moeten bewijzen dat hij een zeer zwaarwegend belang heeft bij die wijziging. In het geval van een beroep op art. 6:258 BW moeten de omstandigheden bovendien niet krachtens verkeersopvattingen voor zijn eigen risico blijven. Een voorbeeld van omstandigheden die voor eigen risico moeten blijven, zijn omstandigheden waar men zelf schuldig aan is. De wederpartij daarentegen hoeft zijn belang bij ongewijzigde nakoming doorgaans niet aan te tonen of te verantwoorden. In de taxi-Mammoetregel is dit uitgangspunt verlaten. De werkgever die de overeenkomst wil wijzigen, hoeft immers slechts te bewijzen dat zijn voorstel daartoe redelijk is en gebaseerd op veranderde omstandigheden op het werk. Dat hij zelf 'schuldig' kan zijn aan de gewijzigde omstandigheden, is volgens de Hoge Raad niet van belang, aangezien de gewijzigde omstandigheden ook in zijn eigen risicosfeer mogen liggen. De werknemer daarentegen moet zijn redelijke belang bij weigering van (overleg over) het voorstel bewijzen, en dat belang kan niet zijn gelegen in het enkele beginsel van gebondenheid aan het contract. In de literatuur en jurisprudentie wordt de mogelijkheid, dat de werknemer goede redenen kan hebben voor weigering van een op zichzelf redelijk voorstel, dan ook wel eens over het hoofd gezien.⁸³ In de Mammoetregel wordt de werknemer bovendien met zoveel woorden opgedragen inhoudelijk zijn belang bij nakoming van het contract te onderbouwen. Dat is een bewijslast die verder naar mijn weten in het algemene contractenrecht niet expliciet voorkomt.

Door het verlaten van het beginsel van gebondenheid aan het contract vormt de taxi/Mammoetregel mijns inziens een breuk met het gewone civiele recht. De Hoge Raad heeft niet toegelicht waarom die stap in 1998 is genomen. Een verklaring kan mijns inziens worden gezocht in de toenemende roep om flexibiliteit door werkgevers in de jaren tachtig en negentig. Zoals in hoofdstuk 3 en 4 is toegelicht, ontstond in deze periode de gedachte dat de concurrentiepositie van Nederlandse bedrijven afhankelijk was van de mogelijkheid tot snelle aanpassing van de bedrijfsorganisatie aan steeds veranderende omstandigheden. Rigide arbeidsrechtelijke bescherming stond daaraan in de weg, met name ontslagbescherming. De roep om meer flexibiliteit leidde in die periode onder andere tot aanpassing van de arbeidstijdenwetgeving en versoepeling van het regime voor tijdelijke contracten middels de Wet flexibiliteit en

⁸³ In het uitvoerige overzicht van lagere rechtspraak in Zondag 2006 wordt aan dit element bijvoorbeeld nauwelijks aandacht besteed.

zekerheid. Het is mogelijk dat de Hoge Raad in die geest van werknemers verlangde om voor zover redelijk, mee te werken aan noodzakelijke veranderingen in de arbeidsorganisatie. Zo bezien staat deze jurisprudentie in het teken van de erkenning van het werkgeversbelang bij vrije organisatie van de onderneming.⁸⁴

Deze ratio achter de taxi/Mammoetregel kan mijns inziens twee gevolgen hebben voor de toepassing van deze regel. Ten eerste kan de zogeheten interne flexibiliteit slechts van de werknemer worden geleverd als het gaat om de gewijzigde voortzetting van de arbeidsrelatie. De behoefte aan flexibiliteit hangt immers samen met het karakter van de arbeidsovereenkomst als duurovereenkomst, alsmede met de ontslagbescherming van werknemers.⁸⁵ Voorstellen tot beëindiging van de arbeidsrelatie vallen daarom mijns inziens niet onder de Mammoetregel, evenmin als bijvoorbeeld voorstellen tot verlaging van afgesproken vergoedingen.⁸⁶

Ten tweede kan de Mammoetregel als het verlengde van de gezagsbevoegdheid worden gezien. De gezagsbevoegdheid heeft immers ook de ratio om de werkgever een instrument te geven om zijn onderneming zo in te richten als hem goedgevindt. Volgens deze benadering zou de redelijkheid van een wijzigingsvoorstel toenemen, naarmate de werkgever er een groter organisatie- of orderingsbelang bij heeft, anders dan bijvoorbeeld louter een financieel belang.⁸⁷ Het aanknopen bij de ratio van de gezagsbevoegdheid betekent anderzijds, dat bij de beoordeling van het wijzigingsvoorstel rekening kan worden gehouden met de procedurele eisen die worden gesteld aan een goed werkgever bij het gebruik van zijn gezagsrecht, bijvoorbeeld zorgvuldige communicatie over wijzigingen en het aanbieden van een overgangperiode (zie par. 9.4.4).⁸⁸ Of het accepteren van een redelijk voorstel redelijkerwijs van de werknemer te vergen is, zal vervolgens, net als bij de gezagsuitoefening, afhangen van het gewicht van zijn bij de wijziging betrokken belangen.

Volgens deze invalshoek kan de spanning tussen de ratio van de taxi/Mammoetregel en art. 7:613 en 6:248 lid 2 BW worden verminderd. Ligt het wijzigingsvoorstel

84 Zie hiervoor ook par. 9.2.1; par. 9.4.4. Vgl. Van der Heijden 1999b, die aan de uitspraak een keuze voor de Hoge Raad van het 'institutionalisme' verbindt, zie par. 10.4.2.

85 Zie ook Bungener 2008 p. 365-366. Hij legt een verband tussen de verplichting van de werknemer om open te staan voor wijziging van de arbeidsrelatie, het dynamische karakter van de arbeidsovereenkomst, en het alternatief van beëindiging ervan.

86 Zie Bouwens en Roozendaal 2010 en Roozendaal 2010.

87 Een ondersteuning van de zwaardere toets bij financiële belangen vormen de uitspraken HR 1 juli 1976, NJ 1977, 48 m.nt. PZ (werknemer niet gehouden aan forse verlaging provisie ondanks wijzigingsbeding op grond van goede trouw); en HR 25 februari 2000, JAR 2000/85 (FNV/Maas, beroep op 6:248 BW ten behoeve van afschaffen loonsuppletie na wetswijziging zonder overeenstemming met bonden of OR; HR corrigeert het gebruik van dit artikel door te wijzen op het onaanvaardbaarheids-criterium, zonder aan de taxi-regel te refereren). Een orderingsbelang zal ook bestaan bij het implementeren van met bevoegde werknemersvertegenwoordigers overeengekomen arbeidsvoorwaarden; zie HR 14 juni 2002, JAR 2002/165 (Bulut/Troost); HR 20 december 2002, JAR 2003/19; ArA 2003/2, p. 62 m.nt. Bouwens (TPG/Bollemeijer, werknemer moet akkoord met bonden respecteren). Vgl. voor de interpretatie van de wijzigingsbevoegdheid als verlengde van het instructierecht Jansen en Loonstra 2001b.

88 In de lagere jurisprudentie zijn de beginselen van goed werkgeverschap als belangrijke gezichtspunten erkend bij de toets aan de taxi-regel. Zie Zondag 2006, p. 36.

buiten het terrein van de gezagsuitoefening, bijvoorbeeld omdat het primair over verlaging van het loon gaat, dan ligt aansluiting bij de gewone bewijslastverdeling van art. 6:248 lid 2 BW, of (indien een wijzigingsbeding is overeengekomen) art. 7:613 BW voor de hand. Binnen de formulering van de Mammoetregel wil dat zeggen, dat er dan hogere eisen moeten worden gesteld aan de vraag of de werkgever het voorstel als goed werkgever kon doen (stap 1).⁸⁹ Pas als hij in dat bewijs geslaagd is, kunnen de belangen van de werkgever worden afgewogen tegen de belangen van de werknemer (stap 2), waarbij diens belang bij nakoming van het contract bij voorbaat zwaar mag wegen. Ligt het voorstel veeleer binnen de grenzen van de gezagsbevoegdheid, bijvoorbeeld omdat het gaat over verandering van de organisatie of locatie van de onderneming, dan worden er minder hoge eisen gesteld aan de toelichting op de redelijkheid van het voorstel (stap 1). Het belang van de werknemer weegt in stap 2 vervolgens bij voorbaat minder zwaar. Hij zal inhoudelijke argumenten moeten aandragen om zijn weigering te rechtvaardigen.⁹⁰ In beide gevallen dient in stap 2 overigens aan de kant van de werkgever wel mee te wegen, of in het geval van een collectieve wijziging, instemming van bonden of OR is verkregen. Daarmee wordt recht gedaan aan de eerder besproken jurisprudentie inzake het beroep op een wijzigingsbeding, alsmede aan de parlementaire geschiedenis van art. 7:613 BW.⁹¹

Een ondersteunend argument voor deze invulling van de Mammoetregel bij structurele wijziging van de overeenkomst, biedt het feit dat dezelfde belangenafweging in grote lijnen kan worden teruggevonden bij een incidentele wijzigingswens van de werkgever. De mogelijkheid van de werkgever om incidentele wijzigingen van afspraken of incidentele afwijkingen van de overeenkomst op te leggen, kan worden gebaseerd op de gewoonte, de redelijkheid en billijkheid of op een stilzwijgende overeenkomst.⁹² Incidentele wijziging van de arbeidsovereenkomst wordt in de literatuur zonder veel omhaal aanvaard, bijvoorbeeld waar het gaat om incidentele aanpassing van de overeengekomen taken of arbeidstijden.⁹³ Wel moet bedacht worden dat deze mogelijkheid slechts voor een bepaalde categorie van wijzigingen is aanvaard, namelijk voor zover het valt onder het begrip opdracht. Dit impliceert mijns inziens dat de incidentele wijziging moet vallen onder het terrein dat in beginsel (ook) bestreken wordt door de gezagsbevoegdheid. Het is overigens aanmerkelijk dat de belangen van de werkgever bij een opdracht, inhoudende een incidentele wijziging van de overeenkomst, zwaarwegender moeten zijn dan bij

89 Zie bv. Hof Leeuwarden 30 september 2008, *JAR* 2008/276 (voorstel verlaging salaris aan wegens stembandverlies gedeeltelijk arbeidsongeschikt geworden notaris is niet redelijk).

90 Deze invalshoek maakt het positiefrechtelijke systeem mijns inziens begrijpelijker, maar niet per se wenselijk. Zie voor een alternatief Jacobs en Roozendaal 2008.

91 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 m.nt. PAS (*IBM*, incorporatiebeding en wijzigingsbeding gecombineerd); HR 14 juni 2002, *JAR* 2002/165 (*Bulut/Troost*); *Kamerstukken II* 1997/98, 24 615, nr. 9, p. 30.

92 HR 8 december 1933, *NJ* 1934, 661 (gewoonte); HR 27 januari 1995, *JAR* 1995/50 (redelijkheid en billijkheid); HR 22 september 1995, *JAR* 1995/216 (stilzwijgende overeenkomst), alle uitspraken met betrekking tot een overwerkverplichting.

93 Bouwens en Duk 2008, p. 394, inzake de vraag welke bevelen redelijk zijn, zodat een weigering een dringende reden voor ontslag op staande voet op kan leveren.

het geven van een opdracht in het kader van zijn instructierecht.⁹⁴ De vraag of de opdracht redelijk is, hangt vervolgens mede af van de persoonlijke belangen van de werknemer bij weigering.⁹⁵ Als de incidentele wijziging niet valt onder het begrip opdracht, is incidentele wijziging veel problematischer. Buiten dat terrein vallen bijvoorbeeld financiële afspraken. Incidentele wijzigingen van het loon of andere op geld te waarderen secundaire arbeidsvoorwaarden worden niet aanvaard, althans niet zonder daartoe strekkende overeenkomst.⁹⁶

Bij incidentele wijziging van de arbeidsovereenkomst is kortom van belang, in hoeverre de werkgever een organisatorisch belang heeft bij de wijziging. Dat belang weegt bij voorbaat zwaar. Daar tegenover staan de persoonlijke belangen van de werknemer. Heeft de werkgever slechts een financieel belang, dan weegt die bij voorbaat niet zwaar. Wel weegt dan het beginsel van gebondenheid aan het contract bij voorbaat zwaar, in dit geval ten gunste van de werknemer.

9.3.3 Wijzigingswens werknemer

In de literatuur is meer dan eens gesteld of geïmpliceerd dat de taxi-/Mammoetregel ook geldt voor wijzigingswensen van de werknemer.⁹⁷ Mijns inziens kan dit niet zonder meer worden aangenomen. Vanwege de juridische en economische ongelijkheid tussen partijen in het arbeidsrecht, gelden uitspraken over arbeidsrechtelijke rechten en verplichtingen niet zomaar gelijkkelijk voor beide partijen. De voorwaarden voor toepassing van de taxi-/Mammoetregel zijn bovendien duidelijk geformuleerd voor een wijzigingswens van de werkgever, getuige het feit dat er sprake moet zijn van 'gewijzigde omstandigheden op het werk'.

Hoe moet een wijzigingswens van een werknemer worden beoordeeld naar geldend recht? De jurisprudentie van de Hoge Raad biedt daarvoor een aantal, zij het niet bijzonder veel aanknopingspunten. Het eerste aanknopingspunt wordt gevormd door de reeks uitspraken waarin de werkgever verplicht werd een passend loon te betalen bij het ongebruikt laten van een aanbod van gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers om een gedeelte van de bedongen arbeid of passende arbeid te verrichten.⁹⁸ Van de werkgever werd in die uitspraken gevergd om (de facto) een aanpassing van de bedongen arbeid te aanvaarden, vanwege een wijziging in de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Deze verplichting van de werkgever is een uiting van een relatief autonome belangenafweging van de Hoge Raad,

94 Bouwens en Duk 2008, p. 394-395 stellen dat voor overwerk zwaarwegender belangen moeten zijn. Dit geldt m.i. ook voor andere afwijkingen van de overeenkomst.

95 Vgl. HR 24 juni 1966, NJ 1966, 457 (wijziging rooster). De redelijkheid van die belangen maken de opdracht echter nog niet onredelijk. Zie nader par. 9.4.4.

96 Tuchtmaatregelen die kunnen leiden tot vermindering van loon moeten bijvoorbeeld hun grondslag vinden in een uitdrukkelijk beding. Bouwens en Duk 2008, p. 209; Koevoets 2006, p. 210. Zie ook art. 7:660 en 651 BW.

97 Zondag 2003a, p. 17-18; p. 30 (onder verwijzing naar *Kamerstukken II 2000/01*, 27 865, nr. 1, p. 11). Impliciet: Beltzer 2004b, p. 35. Vgl. ook Jellinghaus 2004, p. 137.

98 O.a. HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248 (*Roovers/de Toekomst*); HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 m.nt. PAS (*Van Haaren/Cehave*); HR 4 januari 1991, NJ 1991, 270 (*Perez/Homburg*); HR 13 december 1991, NJ 1992, 441 (*Goldsteen/Roeland*).

waarin het persoonlijke en maatschappelijke belang bij arbeidsparticipatie van de langdurig arbeidsongeschikte werknemer zwaarder werd bevonden dan het beginsel van gebondenheid aan de overeenkomst. De Hoge Raad onderbouwde deze belangenafweging in het arrest *Van Haaren/Cehave* mede met voornemens van de wetgever, om die arbeidsparticipatie te stimuleren.⁹⁹

De vraag is, of op grond van deze uitspraken geconcludeerd kan worden dat ook andere omstandigheden tot aanpassing van de overeenkomst kunnen leiden. Zoals besproken in par. 4.6.1, is in de literatuur begin jaren negentig wel betoogd, dat dezelfde aanpassingsplicht diende te gelden met betrekking tot zorgtaken van de werknemer. De lagere rechtspraak was niet eenduidig over een recht op structurele aanpassing van de arbeidsduur. De Hoge Raad heeft zich over deze kwestie echter vóór invoering van de Wet Aanpassing Arbeidsduur in 2000 nimmer uitgesproken.

Wel heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over een verzoek tot incidentele wijziging van de arbeidstijden op grond van persoonlijke omstandigheden, in casu vanwege de wens vrij te zijn op een religieuze feestdag.¹⁰⁰ Hoewel de hoofdregel destijds luidde dat de werkgever zeggenschap had over de vaststelling van de vakantie, kon volgens de Raad in de regel de aanwezigheid op het werk in redelijkheid niet worden verlangd van een werknemer die tijdig tevoren, onder opgaaf van redenen, toestemming voor het opnemen van een snipperdag heeft gevraagd voor de viering van een voor hem belangrijke godsdienstige feestdag. Dit kan volgens de Raad anders zijn indien te verwachten valt dat de gang van zaken in het bedrijf van de werkgever ernstig zal worden geschaad door de afwezigheid van de betrokken werknemer op die dag. Deze regel kan ook worden toegepast op kortstondig verzuim om andere redenen die voor de werknemer belangrijk zijn. De regel kan echter niet zomaar worden doorgetrokken naar andere incidentele of structurele wijzigingen van de overeenkomst, nu de betrokken belangen daarbij uiteraard anders zijn. Inmiddels is overigens het uitgangspunt van de wet dat de werknemer zeggenschap heeft over het opnemen van vakantie (zie par. 3.5.4 en 3.6.5).

Een laatste aanknopingspunt in de jurisprudentie van de Hoge Raad vormt een uitspraak over een verzoek om loonsverhoging, gebaseerd op ongelijke behandeling op grond van arbeidsverleden.¹⁰¹ De Hoge Raad stelde dat een dergelijk wijzigingsverzoek moet worden beoordeeld naar de maatstaven van art. 6:248 lid 2 BW. Hierin wordt voor het werknemersverzoek tot wijziging van de overeenkomst derhalve niet afgeweken van de gewone contractenrechtelijke toets. Door de werknemers was echter geen beroep gedaan op de taxi-/Mammoetregel, en bovendien was de gewijzigde omstandigheid (slechts) gelegen in het feit dat door verschuivingen van vennootschapsrechtelijke structuren, de werknemers collega's kregen die soortgelijk werk deden voor hogere lonen. Daardoor biedt dit arrest onvoldoende grond

99 In r.o. 3.3 verwees de Hoge Raad naar het 'met brede instemming' aanvaarde wetsvoorstel Wet houdende regelen met betrekking tot de bevordering van de deelname van gehandicapten aan het arbeidsproces (WAGW).

100 HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350 m.nt. EAA (*Inan/de Venhorst*).

101 HR 30 januari 2004, JAR 2004/68 (*Parallel Entry/KLM*).

om te concluderen dat de taxi-/Mammoetregel niet van toepassing is op wijzigingsvoorstellen van werknemers.

De jurisprudentie inzake een wijzigingswens van de werknemer geeft kort samengevat het volgende beeld. De bescherming van werknemers geeft de doorslag bij gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemers vanwege hun belang bij arbeidsparticipatie. Deze jurisprudentie is uniek. Er is geen andere rechtspraak van de Hoge Raad waarin een wens tot structurele wijziging van de overeenkomst van de werknemer werd toegewezen. De lagere rechtspraak was (vóór de invoering van de WAA) verdeeld over de vraag of een dergelijke verplichting kon worden aangenomen voor werknemers met zorgtaken. Een werknemersverzoek tot wijziging van loon werd door de Hoge Raad getoetst aan de in het contractenrecht gebruikelijke terughoudende maatstaf. Werknemersbescherming speelt bij wijzigingswensen van werknemers al met al in het algemeen geen kenbaar zware rol in de jurisprudentie van de Hoge Raad, maar het tegendeel staat ook niet vast.

9.3.4 Conclusie

Volgens de Hoge Raad is een goede werknemer in het algemeen gehouden positief in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, en mag hij dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Het maakt daarbij volgens de Hoge Raad geen verschil of de gewijzigde omstandigheden al dan niet in de risicosfeer van de werkgever liggen. De zogeheten taxi/Mammoet-regel is een duidelijk voorbeeld van relativering van de bindende kracht van de overeenkomst ten gunste van de werkgever.

Deze regel van goed werknemerschap kan gelezen worden als een instrument voor contractuele flexibiliteit voor de werkgever, dat in het verlengde ligt van de gezagsbevoegdheid. De ratio van de taxi/Mammoetregel zoek ik in overeenstemming hiermee in de waarde die wordt gehecht aan de vrijheid van de werkgever om zijn organisatie zo in te richten als hem het beste voorkomt. Aanvaarding van deze gedachte heeft gevolgen voor de toepassing van de taxi/Mammoetregel. Volgens deze lezing moet een wens tot structurele of incidentele wijziging van de overeenkomst van de werkgever door de werknemer eerder worden aanvaard, als de wijzigingswens min of meer valt binnen het terrein dat normaliter (ook) door de gezagsbevoegdheid wordt bestreken. Kort gezegd gaat het dan om de organisatie van de onderneming. Aan het belang van de werkgever worden bij een dergelijke wijzigingswens geen bijzonder hoge eisen gesteld. Zo is het niet nodig, dat de wijzigingswens wordt ingegeven door onvoorziene omstandigheden. Wel moet de werkgever zich, bij de implementatie van de wijziging, houden aan zorgvuldigheidseisen die te vergelijken zijn met de eisen van goed werkgeverschap. De werknemer kan onder de wijziging uit komen als zijn (persoonlijke) belangen bij handhaving van de overeenkomst zwaarder wegen. Heeft de werkgever een wijzigingswens ten aanzien van elementen van de overeenkomst die niet als organisatorisch kunnen worden gezien, zoals financiële elementen, dan moeten de omstandigheden die hem

daartoe nopen, veel zwaarwichtiger zijn. Vice versa hoeven de redenen van de werknemer, om een dergelijke verandering te mogen weigeren, niet zeer bijzonder of zwaarwegend te zijn.

Een soortgelijke benadering wordt reeds gevolgd bij de incidentele wijziging van de overeenkomst. Incidentele wijziging van opgedragen taken of arbeidstijdpatronen worden doorgaans zonder al te veel omhaal aanvaard. Incidentele wijziging van financiële afspraken wordt echter slechts mogelijk geacht op grond van een daartoe strekkend beding, zoals een boetebeding.

De bovengenoemde regels strekken tot voordeel voor de werkgever. Omgekeerd is niet aannemelijk dat de werkgever een vergelijkbare verplichting heeft om redelijke voorstellen van de werknemer tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, verband houdende met gewijzigde omstandigheden in de privésfeer te aanvaarden. Een wijzigingsmogelijkheid is tot nu toe alleen aanvaard als het gaat om werkherleving in passende arbeid van langdurig arbeidsongeschikten.

9.4 De grenzen van de gezagsbevoegdheid

9.4.1 Inleiding

Een groot deel van de arbeidsrelatie wordt geregeerd door eenzijdige aan- of invulling van het contract door de werkgever middels het gebruik van de gezagsbevoegdheid. De ratio van de instructiebevoegdheid is dat de werkgever zijn bedrijf moet kunnen organiseren.¹⁰² Om dat te doen moet hij niet alleen zeggenschap hebben over de materiële zaken die hij daarbij wil gebruiken, maar ook over de uitvoering van het werk door de werknemers. Om die zeggenschap flexibel te houden, laat de arbeidsovereenkomst doorgaans ruimte voor precisering van taken en instructies van de werkgever op grond van zijn gezagsbevoegdheid. Zijn gezagsbevoegdheid is echter begrensd. Die begrenzing kan onder andere worden gevonden in de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Levenbach stelde al dat het recht bij de uitoefening van de gezagsbevoegdheid 'eerbiediging vereist van de persoonlijke waarden en waardigheid'.¹⁰³

De organisatie van een bedrijf of onderneming heeft grofweg drie aspecten. Elk aspect kan de persoonlijke belangen of de persoonlijke levenssfeer van de werknemer raken. Ten eerste het materiële aspect, dat wil zeggen, de fysieke inrichting van de werkplaats en het gereedschap. Dit raakt met name de gezondheid en veiligheid van de werknemer. Ten tweede het arbeidstijdaspect, dat wil zeggen, de vraag aan hoeveel arbeidskracht behoefte bestaat gedurende welke periode. Dit raakt het belang van de afstemming van privétijd op arbeidstijd en het belang bij het verwerven van inkomen. Ten derde het gedragsaspect, dat wil zeggen de regulering van gewenste en ongewenste handelingen van werknemers en anderen binnen de

¹⁰² Loonstra en Zondag 2007, p. 132.

¹⁰³ Levenbach 1958, p. 9.

onderneming. Dit raakt belangen als de persoonlijke waardigheid en de expressiemogelijkheden van de werknemer. Ook kunnen zijn loopbaanmogelijkheden en verdiensten afhangen van wat hij te doen krijgt. De vraag is, welke grenzen er positiefrechtelijk te vinden zijn aan de gezagsbevoegdheid, met name wanneer de gezagsuitoefening raakvlakken heeft met de genoemde persoonlijke belangen. Anders geformuleerd is de vraag, hoe organisatorische bedrijfsbelangen worden afgewogen tegen persoonlijke belangen van de werknemer, bij de uitoefening van gezag.

In de Nederlandse jurisprudentie en literatuur is vrij veel aandacht voor de vraag wanneer sprake is van gezagsbevoegdheid in het kader van de kwalificatie van een overeenkomst.¹⁰⁴ In dat verband worden voorbeelden van typische gezagsuitoefening genoemd, zoals aanwijzingen geven over het werk of de werktijden, toestemming geven voor het opnemen van vakantie en dergelijke. De vraag waar de gezagsbevoegdheid zelf uit bestaat en waar hij ophoudt, wordt wel op deelgebieden gesteld, bijvoorbeeld in het kader van de vraag of overwerk verricht moet worden,¹⁰⁵ maar zelden in algemene zin.¹⁰⁶ In de jurisprudentie komt deze vraag niet zo snel aan bod, omdat meestal de sanctie wordt getoetst die is gevolgd op de niet-nakoming van een voorschrift, zoals schorsing of ontslag op staande voet. Daarbij komen dan alle omstandigheden van het geval aan de orde,¹⁰⁷ inclusief omstandigheden die in hun algemeenheid niet de rechtmatigheid van de overtreden regel zelf raken, zoals het arbeidsverleden en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer of de onverwijldheid waarmee de sanctie is opgelegd (zie par. 9.7). Dat neemt niet weg dat de vraag gerechtvaardigd is, wat de grenzen zijn van de gezagsbevoegdheid.

Art. 7:660 BW geeft aanwijzingen over die grenzen. Uit dit artikel blijkt dat de gezagsbevoegdheid is begrensd door de wet en de overeenkomst tussen partijen. Ook blijkt hier uit, dat de voorschriften moeten zien op het verrichten van de arbeid of de bevordering van de goede orde in de onderneming. Het ligt voor de hand, om daarnaast de uitoefening van de gezagsbevoegdheid in verband te brengen met art. 7:611 BW. De verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, zal immers (juist) zien op het gebruik van zijn gezag. Voorts is een ontslag op staande voet wegens overtreding van een opdracht (dat wil zeggen: uitoefening van het gezagsrecht) alleen rechtsgeldig, voor zover die opdracht redelijk was (art. 7:678 lid 2 sub j BW). Uit deze opsomming blijkt een aantal relevante elementen van begrenzing. Ten eerste: de grens gelegen in de wet. Deze grens kan worden aangeduid als de wetmatigheid van de gezagsuitoefening. Ten tweede: de grens tussen overeenkomst

104 Bv. recentelijk Van den Berg 2010; Trap 2007; Verhulp 2005; Boot 2005.

105 Zie over overwerk par. 3.6.2. Andere voorbeelden zijn opdrachten voor klusjes buiten de overeengekomen werkzaamheden en kledingvoorschriften. Zie o.a. Bouwens en Duk 2008 hoofdstuk 17 en 29.4; Van Steenbergen 2006.

106 Een aanzet tot systematisering van dit vraagstuk is gedaan door Loonstra en Zondag 2007, hoofdstuk 3. Zie ook Koevoets 2006, par. 4.4.2.1.

107 Vgl. Koevoets 2006, p. 5, par. 3.7.1.2 en p. 205. Behalve in de grenzen van de overeenkomst zoekt zij de grenzen van de gezagsbevoegdheid in de redelijkheid, die zij laat afhangen van de omstandigheden van het geval.

en gezagsuitoefening. Deze is eerder al ter sprake gekomen, en wordt nu nog eens bezien in het licht van de vraag in hoeverre expliciete of impliciete afspraken de reikwijdte van de gezagsbevoegdheid beperken. Ten derde: de grens gelegen in het doel van het voorschrift (een aanwijzing over de arbeid of orde in de onderneming). Ik duid deze grens aan als de rechtmatigheid van de gezagsuitoefening. Ten vierde: de grens gelegen in de wijze waarop het voorschrift wordt gegeven (goed werkgeverschap en redelijkheid van de opdracht). Ik duid deze grens aan als de redelijkheid van de gezagsuitoefening. Deze aspecten komen hieronder achtereenvolgens aan de orde.

9.4.2 Wettelijke grenzen aan de gezagsuitoefening

De organisatie van een bedrijf of onderneming heeft zoals vermeld drie aspecten: het materiële aspect, het arbeidstijdaspect, en het gedragsaspect. In het navolgende zullen de grenzen die de wet stelt voor de drie aspecten van gezagsuitoefening achtereenvolgens in hoofdlijnen worden belicht.

Zeggenschap over de fysieke inrichting

De werkgever kan zijn gezagsbevoegdheid gebruiken om de werkplaats zo in te richten als hem goedgevindt. Hij kiest de locatie, de huisvesting, de inrichting, het gereedschap, etc. De persoonlijke belangen van werknemers kunnen geraakt worden door deze gezagsuitoefening. Met name de veiligheid en lichamelijke integriteit van werknemers is in het geding. Het spreekt bijna voor zich dat de gezagsuitoefening van de werkgever begrensd wordt door deze persoonlijke belangen.¹⁰⁸ Al vóór de introductie van de wet op de arbeidsovereenkomst was de werkgever aansprakelijk voor ziekte of letsel van de werknemer veroorzaakt door schuld of nalatigheid van de werkgever.¹⁰⁹ Ook volgens de 'gewone' risicoverdeling in het algemene contractenrecht zou de werkgever aansprakelijk zijn voor schade aan de gezondheid van de werknemer, voor zover hem iets te verwijten valt. Hij is daarmee dus aansprakelijk voor de gevolgen van het eigen handelen, en daarom is dat geen aansprakelijkheid voor een kwestie die eigenlijk privé is.

Bij de enkele aansprakelijkheid van de werkgever is het echter niet gebleven. De geschiedenis van de industriële ontwikkeling heeft uitgewezen dat individuele werknemers vaak niet in staat waren om veiligheid op de werkplek af te dwingen, noch om de werkgever voor gebreken in die veiligheid achteraf met succes aansprakelijk te stellen.¹¹⁰ Zelfs goedwillende werkgevers zagen eind negentiende eeuw door de druk van de concurrentie geen kans om te investeren in veiligheid en welzijn van hun werknemers. De wetgever heeft daarom ingegrepen met steeds talrijker dwingendrechtelijke voorschriften voor veiligheid op de werkplaats, met controle door de overheid,¹¹¹ en daarnaast dwingendrechtelijke voorschriften voor aansprakelijkheid (thans art. 7:658 BW). In het bijzonder van belang voor de

¹⁰⁸ Vgl. Van der Grinten 1966, p. 141.

¹⁰⁹ Schwitters 2001, p. 11.

¹¹⁰ Schwitters 2001, p. 57.

¹¹¹ Zie over de Arbeidsomstandighedenwet o.a. Geers 1988; Asscher-Vonk e.a. 2007, par. 3.3.

begrenzing van de gezagsbevoegdheid is het recht op onderbreking van werkzaamheden in noodsituaties (art. 29 Arbowet). Voor de duur van de onderbreking behoudt de werknemer zijn aanspraak op het naar tijdruimte vastgestelde loon.

Zoals vermeld (in par. 9.2.2) vormt alleen al het dwingende karakter van dit recht een inbreuk op de partij-autonomie, die gezien kan worden als uiting van werknemersbescherming. Maar gaat het arbeidsrecht afgezien daarvan op dit punt ook verder in de bescherming van de werknemer dan het (regelende) algemene contractenrecht zou gaan?

De preventieve arbeidsomstandighedenregelgeving is uitvoerig en beschermt de werknemer in vele opzichten. Kenmerkend voor de arbeidsomstandighedenregelgeving is dat de bescherming moet worden afgestemd op de individuele kenmerken van werknemers. Er zijn uiteraard regels die zich richten tegen arbeidsomstandigheden die voor iedereen in beginsel (even) schadelijk zijn, zoals de blootstelling aan gevaarlijke stoffen of onveilige machines. De werkgever is daarnaast echter ook verplicht om de arbeidsomstandigheden aan te passen aan specifieke groepen, zoals zwangere of zogende vrouwen en jeugdigen, en zelfs aan individuen.¹¹² De regels ter preventie van schade zijn eind vorige eeuw bovendien uitgebreid met verplichtingen om de werkplek van gedeeltelijk arbeidsgeschikten en gehandicapten aan te passen aan hun beperkingen.¹¹³ Ook is de werkgever soms verplicht om de arbeidsomstandigheden af te stemmen op de subjectieve beleving van zijn werknemers. Voor bijvoorbeeld de vraag wanneer arbeid monotoon is, of wanneer er sprake is van ontoelaatbare psychosociale belasting, kan immers door werknemers verschillend worden gedacht.¹¹⁴ Voor de omvang van de verplichtingen van de werkgever wordt dus niet zelden aangeknoopt bij kenmerken van individuele werknemers. Daarbij is niet van belang in hoeverre de werkgever van die kenmerken op de hoogte was of kon zijn bij aanvang van de arbeidsovereenkomst, of in hoeverre de werkgever er van uit mocht gaan dat de 'gemiddelde' werknemer die kenmerken zou hebben. Evenmin is van belang of er bij de werknemer al dan niet sprake is van een wijziging van omstandigheden na aanvang van de overeenkomst, noch wiens schuld dat is. Met andere woorden, de verplichtingen zijn niet gerelateerd aan de overeenkomst. Zij zijn gerelateerd aan de persoon van de werknemer, en zij variëren al naar gelang de kenmerken van die persoon variëren.

Er valt te twisten over de vraag met welke kenmerken van de wederpartij een partij in het algemene contractenrecht rekening moet houden op dit terrein. In het

112 Zie art. 3 lid 1 sub b en lid 3 Arbowet. De werkgever is verplicht de inrichting van het werk aan te passen aan de persoonlijke eigenschappen van werknemers, zoals leeftijd, geestelijke en lichamelijke gesteldheid, vakmanschap en taalbeheersing. Asscher-Vonk e.a. 2007, p. 79.

113 Bv. art. 7:658a WGBH/CZ en art. 4 Arbeidsomstandighedenwet.

114 Volgens art. 3 sub d Arbowet moet monotone en tempogebonden arbeid zoveel als redelijkerwijs worden voorkomen of beperkt. Volgens art. 3 lid 2 Arbowet moet de werkgever een beleid voeren gericht op voorkoming of beperking van psychosociale arbeidsbelasting. Psychosociale arbeidsbelasting worden verstaan factoren die stress teweeg brengen door direct of indirect onderscheid met inbegrip van seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk (art. 1 lid 3 sub e Arbowet).

algemene contractenrecht worden contractuele verplichtingen vastgesteld aan de hand van wat men in redelijkheid van elkaar mocht verwachten bij het sluiten van de overeenkomst. Dat verwachtingspatroon kan worden ingevuld met behulp van een 'maatmens', die meer of minder geobjectiveerd kan zijn (zie par. 8.2.7). Bij een 'geobjectiveerde' maatmens, hoeft men alleen rekening te houden met de eigenschappen die contractspartijen in het algemeen hebben. Een iets minder geobjectiveerde maatmens heeft daarnaast eveneens de eigenschappen die voor de wederpartij kenbaar waren op het moment van het tekenen van het contract. Een gematigd gesubjectieerde maatmens heeft de eigenschappen die voor de wederpartij kenbaar waren op het moment dat de verplichting in acht genomen moet worden, ook al waren die (nog) niet kenbaar op het moment van het tekenen van het contract. Een verdergaand gesubjectieerde maatmens heeft precies de eigenschappen van de contractspartij, ook al waren die niet kenbaar voor de wederpartij.

Bij een neutrale toepassing van het algemene contractenrecht past een relatief objectieve maatmens (zie par. 8.2.7). Dat zou in dit geval betekenen dat de lichamelijke conditie van de 'gewone', 'gemiddelde' mens als uitgangspunt zou mogen worden genomen bij de vraag welke verplichtingen een partij heeft ten aanzien van het waarborgen van de veiligheid van de wederpartij. Voor afwijkende, niet-kenbare of onvoorziene kenmerken zou de wederpartij zelf het risico moeten dragen. Het is maar de vraag of de rechter werkelijk voor dit uitgangspunt zou kiezen.¹¹⁵ In het positieve arbeidsomstandighedenrecht is de maatmens in ieder geval sterk gesubjectieerd. Het arbeidsomstandighedenrecht wordt ook daarom aangewezen als een duidelijk voorbeeld van werknemersbescherming.¹¹⁶

De vraag of art. 7:658 BW een verzwaarde aansprakelijkheid oplevert ten opzichte van de aansprakelijkheid in het algemene contractenrecht, wordt nader besproken in par. 9.5.

Zeggenschap over arbeidstijden

Het tweede aspect van de gezagsbevoegdheid van de werkgever is de regulering van arbeidstijden, dat wil zeggen, de vraag door wie, wanneer en hoe lang gewerkt moet worden. Dit omvat verschillende aspecten: arbeidsduur, arbeidstijdpatronen, verlof en vakantie. De vraag is welke grenzen zijn gesteld aan de zeggenschap van de werkgever. Deze vraag is al uitvoerig behandeld in hoofdstuk 3 en 4. Hier komt nog eens in hoofdlijnen de vergelijking met het neutrale systeem van het algemene contractenrecht aan de orde.

¹¹⁵ Gelet op het belang dat maatschappelijk gezien aan de bescherming van veiligheid en gezondheid wordt gehecht, is het goed denkbaar dat de rechter een minder neutraal uitgangspunt zou kiezen ter bescherming van de veiligheid van werkers, ook al zijn die geen werknemer. De werkingssfeer van art. 7:658 lid 4 en de Arbowet is bovendien ruimer dan alleen werknemers (Asscher-Vonk e.a. 2007, par. 3.2.2 en 3.3.2). Het gaat mij er echter om of (ook) deze bescherming zou afwijken van een strikt neutrale toepassing van het contractenrecht, dus zonder rekening te houden met de hoedanigheid van de wederpartij.

¹¹⁶ Zie bv. Geers 1988.

Net als bij de arbeidsomstandighedenwetgeving vormt alleen al het dwingende karakter van het arbeidstijdenrecht een inbreuk op het gezagsrecht. Anders dan bij de arbeidsomstandighedenwetgeving vormt het tevens een inbreuk op de contractvrijheid. In hoeverre gaat het arbeidsrecht echter inhoudelijk verder in de bescherming van de werknemer dan het (regelende) algemene contractenrecht zou gaan?

In het algemene contractenrecht zouden geschillen over arbeidstijden primair opgelost worden aan de hand van de overeenkomst. Zijn arbeidstijden niet expliciet overeengekomen, dan is de vraag welke arbeidstijden men in redelijkheid van elkaar mocht verwachten. Daarbij zal niet snel worden aangenomen dat de ene partij onbeperkt kan beschikken over de tijd van de wederpartij. Onderdeel van wat in redelijkheid te verwachten valt is immers, dat men in ieder geval tijd krijgt voor het voldoen aan 'normale' behoeftes als eten en slapen. Voor de verplichting tijd beschikbaar te stellen zal verder worden gezocht naar relatief objectieve maatstaven. Te denken valt aan de gebruikelijke arbeidstijden in de betreffende onderneming of bedrijfstak ten tijde van de ondertekening van de overeenkomst. Het verwachtingspatroon kan bovendien worden ingevuld met behulp van de redelijke behoeftes inzake arbeidstijdpatronen van een 'maatmens', die weer meer of minder geobjectiveerd kan zijn. In het algemene contractenrecht kiest men zoals vermeld naar verwachting voor een relatief objectieve maatmens.

De redelijke verwachtingen inzake arbeidstijden bij een gewone verbintenis zouden derhalve zijn afgestemd op gewoontes en gebruiken en de 'doorsnee' arbeidstijdbehoefte. De gebruiken in ondernemingen en bedrijfstakken zijn echter overal gevormd door het arbeidsrecht (zie hoofdstuk 3). De gebruikelijke arbeidstijden zijn immers de arbeidstijden die door de wet en cao zijn bepaald. Daarnaast is het sinds de laatste decennia van de vorige eeuw steeds moeilijker een 'gemiddelde' of 'normale' arbeidstijdbehoefte aan te wijzen, door veranderende leefpatronen. Er kan daarom eigenlijk niet vastgesteld worden of het positieve arbeidsrecht meer bescherming biedt inzake arbeidstijden dan het algemene contractenrecht zou doen. De vergelijking met het algemene contractenrecht kan hier geen antwoord bieden.

Dan wordt de vraag of de wetgever met dwingendrechtelijke ingrepen in het arbeidsrecht steeds zwaardere verantwoordelijkheid heeft geschapen voor behoeftes aan arbeidstijdpatronen die niet 'normaal' of 'gemiddeld' zijn. Die vraag is beantwoord in hoofdstuk 3 en 4. Daaruit bleek, dat er vanaf begin jaren negentig sprake is geweest van flexibilisering van het arbeidstijden- en verlofrecht. Voor werknemers bracht dat een individualisering van de bescherming tussen werktijd en privétijd mee. De individualisering van de bescherming van persoonlijke belangen komt gelet op het voorgaande niet alleen voor in het arbeidsomstandighedenrecht, maar ook in het arbeidstijdenrecht. Dit aspect van het arbeidstijden- en verlofrecht is op zichzelf voor werkgevers inderdaad belastender te noemen ten opzichte van de veeleer collectieve bescherming van het arbeidstijden- en verlofrecht tot dan toe. Daar staat tegenover, dat het arbeidstijdenrecht in dezelfde periode ook flexibeler is geworden ten gunste van werkgevers.

Zeggenschap over gedrag

Naast zeggenschap over inrichting van de werkplaats en de werktijd brengt de gezagsbevoegdheid zeggenschap over het gedrag van werknemers met zich mee. De werkgever kan, binnen bepaalde grenzen, bepalen wat de door hem gewenste gang van zaken is in de onderneming. Dit kan betrekking hebben op zeer uiteenlopende aspecten zoals tewerkstelling, werkinstructies, pauze-regelingen, verantwoordingsregels, interne zeggenschapsregels, gebruik van kantoorartikelen of andere bedrijfs-eigendommen, gebruik van internet en email, gebruik van genotsmiddelen als tabak, drugs en alcohol, fatsoensnormen in de omgang met meerderen, collega's, klanten of concurrenten, kledingvoorschriften, etc. Regels hierover worden veelal collectief voorgeschreven in verzamelingen aangeduid als reglement, personeelsgids, bedrijfs-gids, etc. Individuele instructies komen natuurlijk ook voor. Voorts bestaan gedragsregels niet alleen uit expliciete instructies, maar ook uit impliciete (fatsoens) normen.¹¹⁷ Men kan dit aspect van de gezagsbevoegdheid van de werkgever samenvatten als het disciplineringsrecht. De persoonlijke belangen van werknemers kunnen geraakt worden door de disciplineringsrecht: zakelijke belangen zoals loopbaanperspectieven, het belang bij arbeidsparticipatie, maar ook ideële belangen zoals werkplezier, eergevoel, goede naam, religieuze overtuiging, autonomie, persoonlijke expressie en ontplooiing.

In vergelijking met de zeggenschap over een veilige werkomgeving is de bemoeienis van de wetgever hier veel kleiner. In 1967 verzuchtte Hekkelman in zijn oratie, dat er grote onzekerheid was over de grenzen van het gebruik van de regelgevende bevoegdheid van de werkgever in de onderneming.¹¹⁸ Die onzekerheid is sindsdien niet verminderd door veel wetgeving waarin wordt genormeerd welk gedrag wel of niet voorgeschreven mag of moet worden.

Wetgeving waarin inhoudelijk voorgeschreven wordt welke gedragsinstructies de werkgever moet gebruiken, is schaars te noemen. Ten eerste kan, wederom, gewezen worden op gedragsvoorschriften die de veiligheid van werknemers en anderen moet bevorderen. Er is op de Arbowet gebaseerde regelgeving waarin ook gedrag wordt genormeerd, bijvoorbeeld de al genoemde verplichting om psychosociale arbeidsbelasting te voorkomen en te beperken (art. 3 lid 2 Arbowet).¹¹⁹ Een tweede belangrijk voorbeeld van regels die gedragsinstructies normeren, vormt het geheel van re-integratieverplichtingen jegens zieke werknemers. Art. 7:658a BW verplicht de werkgever om zijn arbeidsorganisatie tot op zekere hoogte aan te

117 Ontslag op staande voet betreft in veel gevallen het overschrijden van impliciete fatsoensnormen, zoals het voor eigen gebruik meenemen van bedrijfsartikelen, dronkenschap of seksueel getint ongewenst gedrag op het werk, schelden tegen meerderen, etc. Zie Beltzer 2004.

118 Hekkelman 1967; zie verder par. 10.4.3.

119 Psychosociale arbeidsbelasting betekent volgens art. 1 lid 3 sub e Arbowet: de factoren seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk in de arbeidssituatie die stress teweeg brengen. Stress is volgens sub f. een toestand die als negatief ervaren lichamelijke, psychische of sociale gevolgen heeft. De Arbowet geeft in het kader van veiligheid nog veel meer voorschriften die mede als gedragsvoorschriften gezien kunnen worden (veilig werken). Dat aspect laat ik hier verder liggen.

passen aan de zieke werknemer, met het oog op werkhervatting van de werknemer.¹²⁰ Het artikel is geïnspireerd op de jurisprudentie van de Hoge Raad, volgens welke de werkgever gehouden kan zijn het aanbod tot het verrichten van passende arbeid van een gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemer te aanvaarden (zie par. 9.3.3 en 9.6.1).¹²¹ De werknemer van zijn kant is in beginsel gehouden passende arbeid te verrichten, die de werkgever hem aanbiedt (art. 7:660a BW). De re-integratieverplichtingen in art. 7:658a en 660a BW zijn tevens uitgewerkt in een grote hoeveelheid regelgeving in het sociale zekerheidsrecht.¹²² Ook het ontslagrecht kent regels om de re-integratie van de zieke werknemer te stimuleren.¹²³ Deze regelgeving moet betrokkenen stimuleren tot werkhervatting van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in arbeid met een zo hoog mogelijke loonwaarde, ten einde het beroep op arbeidsongeschiktheidsuitkeringen te verminderen. Dit is een duidelijk voorbeeld van een voor werkgevers belastende verplichting.¹²⁴

Een derde voorbeeld van wettelijke beperkingen of voorschriften met betrekking tot het reguleren van gedrag van werknemers, is de verplichting rekening te houden met gewetensbezwaren bij het geven van instructies. Deze verplichting volgt uit art. 7:681 lid 2 sub e BW, op grond waarvan een ontslag kennelijk onredelijk kan zijn wanneer deze geschiedt wegens het enkele feit dat de werknemer met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar weigert de bedongen arbeid te verrichten.

De relatief schaarse wetgeving waarin inhoudelijke disciplineringsvoorschriften of verboden worden gegeven zijn duidelijk voorbeelden van bescherming van de belangen van de werknemer. In het voorbeeld van de reïntegratieplichten dient deze bescherming niet alleen individuele, maar ook maatschappelijke doelen, namelijk het beperken van de instroom in de WIA.

Randvoorwaarden voor disciplineren

Naast de schaarse wetgeving waarin inhoudelijke disciplineringsvoorschriften worden gegeven, is er wetgeving waarin wordt aangegeven onder welke randvoorwaarden instructies tot stand moeten komen. Die randvoorwaarden betreffen bijvoorbeeld de zorgvuldige implementatie van gedragsregels, zoals een informatieplicht of een overlegplicht.

Een voorbeeld is art. 7:650 BW inzake het boetebeding. Daarin is niet geregeld op welke gedragingen een boete mag volgen. Er worden slechts randvoorwaarden gesteld aan het kunnen opleggen van een boete. Zo moeten de verboden gedragingen schriftelijk in het boetebeding worden vermeld. Aan hoogte en bestemming van de boete worden grenzen gesteld. De hoogte is afhankelijk van het inkomen van de werknemer. Deze regels zijn duidelijk opgesteld ter bescherming van het

120 Asscher-Vonk e.a. 2007, met name hoofdstuk 6.

121 Vgl. Roozendaal 2002.

122 O.a. art. 25 lid 7 WIA en Beleidsregeling beoordelingskader poortwachter, Stcrt. 2002, 236, zoals sindsdien gewijzigd. Zie Asscher-Vonk e.a. 2007, hoofdstuk 6.

123 Vgl. art. 5:2 Ontslagbesluit.

124 Vgl. Roozendaal 2005.

inkomen van de werknemer. Er worden grenzen gesteld aan inhouding van het loon van de werknemer.

Voorts kunnen randvoorwaarden aangetroffen worden in wetgeving inzake de controle op de naleving van instructies. Deze regels zijn ten eerste te vinden in de Wet op de Ondernemingsraden. De ondernemingsraad moet betrokken worden bij een regeling inzake voorzieningen die gericht zijn op controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van de in de onderneming werkzame personen, voor zover dit betrekking heeft op alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen.¹²⁵ De WOR geeft echter geen garantie dat de bescherming van persoonlijke belangen van individuele werknemers wordt afgedwongen door de OR. Dat hangt af van de bereidheid en ruggengraat van de OR.¹²⁶ De werkgever heeft doorgaans aan zijn verplichtingen voldaan door de (tijdige) raadpleging van de OR, zonder dat dit hem inhoudelijk tot iets verplicht.

Daarnaast wordt de controle van werknemers beperkt door de Wet Bescherming Persoonsgegevens (Wbp).¹²⁷ Deze wet bevat voorschriften voor de zorgvuldige verwerking van gegevens. Het bevat daarnaast een geclausuleerd verbod om bepaalde gegevens te verwerken in art. 16 Wbp, waaronder gegevens inzake de gezondheid, godsdienst, levensovertuiging, ras, politieke gezindheid en het seksuele leven van de werknemer. Art. 17 Wbp en verder stellen regels waaronder de verwerking van die informatie toch mogelijk is. Controle middels cameratoezicht is verder genormeerd in het strafrecht.¹²⁸ Handhaving van de wettelijke grenzen aan controle is voor de individuele werknemer niet eenvoudig. Een effectieve sanctie op het niet-nakomen van controlevoorschriften ontbreekt. De rechter is meestal niet bereid om relevante informatie, verkregen in strijd met de Wbp, buiten beschouwing te laten.¹²⁹ Deze randvoorwaarden inzake controle vormen desalniettemin een begrenzing van de gezagsbevoegdheid ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. De werkgever kan een bedrijfsbelang hebben bij het vergaren van informatie over de werknemer. De wet beperkt die informatieverwerking of stelt randvoorwaarden, ter bescherming van de informationele privacy van de werknemer.

Ten slotte kunnen gelijke behandelingsnormen zoals onder andere neergelegd in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) beschouwd worden als randvoorwaarde aan het gezagsrecht. Opvallend is echter dat deze grenzen niet met zoveel woorden worden gesteld aan de uitoefening van de gezagsbevoegdheid door de werkgever.

125 Art. 27 lid 1 sub I WOR.

126 Vgl. Popma 2003.

127 De Wbp normeert zowel de wijze waarop gegevens worden verwerkt, als de vraag welke gegevens kunnen worden verwerkt. Een ongeclausuleerd verbod om gegevens te verwerken kan echter alleen gebaseerd worden op strijd met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 lid 1 sub f Wbp). De werknemer die dit verbod wenst, moet dit zelf in rechte afdwingen en staat dus op achterstand ten opzichte van de werkgever die gebruik maakt van zijn gezagsrecht.

128 Vgl. Pool 2006; Koevoets 2006.

129 Vgl. over onrechtmatig verkregen bewijs Kremer 1999, p. 296; Koevoets 2004.

Mogelijk zijn er wel raakvlakken met bijvoorbeeld het verbod op onderscheid bij de bevordering of bij de arbeidsomstandigheden.¹³⁰ Voor zover de gelijkebehandelingsregels van toepassing zijn op de gezagsuitoefening, geven ze nauwelijks inhoudelijke normen voor instructies, maar stellen slechts de randvoorwaarde dat geen onderscheid gemaakt mag worden op bepaalde verboden gronden.¹³¹ Deze begrenzing van de gezagsbevoegdheid kan, mits van toepassing, dienen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer of persoonlijke belangen van de werknemer. Voorbeelden uit de jurisprudentie zijn kledingvoorschriften. Kledingvoorschriften mogen op zichzelf wel gegeven worden,¹³² maar er mag geen onderscheid gemaakt worden op de verboden gronden, tenzij dat onderscheid objectief gerechtvaardigd is.¹³³ Uit hoofdstuk 5 is gebleken, dat veel economisch gezien rationele argumenten voor het maken van onderscheid gerechtvaardigd zijn. In een recente uitspraak is dat gegeven terug te vinden inzake de rechtvaardiging van het verbieden van bepaalde geloofsuitingen via kleding en sierraden.¹³⁴

De wetgever heeft kortom nauwelijks inhoudelijke normen voorgeschreven voor disciplineren van werknemers. Waar de gezagsbevoegdheid wordt beperkt, gebeurt dat met name door het opleggen van randvoorwaarden en zorgvuldigheidsvoorschriften. Daardoor wordt de ondernemingsvrijheid van werkgevers tot op grote hoogte gerespecteerd. Deze wijze van toetsen kan gezien worden als een gevolg van de overtuiging dat de bedrijfssfeer (net als de privésfeer) een afgesloten sfeer is. De wetgever onthoudt zich vanwege dat gesloten karakter zoveel mogelijk van inmenging in de organisatie van de onderneming door de werkgever. Geconstateerd kan worden dat de persoonlijke belangen van werknemers betrokken bij disciplineren, in de afweging tegen het ondernemingsbelang kennelijk minder zwaar wegen dan bijvoorbeeld veiligheid, lichamelijke integriteit, en de behoefte aan rust en tijd voor privékwasties. Waar de belangen bij disciplineren in de ogen van de wetgever toch dwingendrechtelijke bescherming behoeven, is het afdwingen van die bescherming voor individuele werknemers doorgaans niet gemakkelijk. Ook hieruit blijkt de prioriteit van de ondernemingsvrijheid van werkgevers ten opzichte van de persoonlijke belangen betrokken bij disciplineren van werknemers.

130 Art. 4 AWGB somt op wanneer onderscheid verboden is. Het geven van instructies valt daar niet onder. Bevordering en arbeidsomstandigheden kunnen wel raakvlakken hebben met instructies. Een vordering om als mannelijke postbode net als de vrouwelijke collega's een korte broek te mogen dragen in de zomer, is hier op gestrand. Kledingvoorschriften zijn volgens de rechter ordevoorschriften en geen arbeidsvoorwaarden, en ordevoorschriften vallen niet onder de reikwijdte van de gelijke behandelingswetgeving (Rb. Den Haag 23 mei 2001, JAR 2001/124).

131 Alleen in de WGBH/CZ komt een positieve verplichting voor om de werkplek aan te passen (art. 2); vgl. Asscher-Vonk e.a. 2007, p. 23.

132 Vgl. Ktr. Den Haag 18 augustus 2005, JAR 2005/212 (ontbinding wegens weigering om bedrijfskleding te dragen, geen vergoeding). Een bevoegd gegeven kledingvoorschrift kan nog wel getoetst worden aan het grondrecht op privacy, zie Van Steenbergen 2007.

133 Vgl. de zaak waarin een Sikh-werknemer met een representatieve functie in een hotel werd geschorst vanwege het door zijn religie voorgeschreven kleding inclusief een kleine dolk; volgens de CGB viel het onder de verboden (Oordeelnummer 1997-24); de rechtbank wees de vordering tot wedertewerkstelling toe (Rb. Haarlem 18 maart 1997, JAR 1997/85).

134 Zie bv. Hof Amsterdam 15 juni 2010, L/N BM7410 (verbeteren bedrijfsimago maakt verbieden van ketting met kruisje tramchauffeur gerechtvaardigd).

Gezien de relatief terughoudende opstelling van de wetgever is hier het probleem niet een mogelijk te ruime verantwoordelijkheid van werkgevers voor persoonlijke omstandigheden van werknemers. Het is eerder de vraag of de persoonlijke levenssfeer van werknemers wel voldoende is afgebakend van de zeggenschap van de werkgever. De uitoefening van het disciplineringsrecht kan getoetst worden aan de redelijkheid in het algemeen, en aan het grondrecht op respect voor de persoonlijke levenssfeer van werknemers in het bijzonder (zie ook par. 9.4.4).¹³⁵ De doorwerking van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de arbeidsrelatie komt aan de orde in hoofdstuk 14, in verband met conflicten over arbeidstijden en verlof.

9.4.3 De overeenkomst als beperking van de gezagsbevoegdheid

Elke arbeidsovereenkomst kent in essentie een zekere onbepaaldheid. De werknemer stelt zijn arbeidskracht ter beschikking voor een bepaalde tijd. Voor zover de overeenkomst niets bepaalt over de aanwending van die arbeidskracht, kan dit worden ingevuld door de werkgever door middel van het geven van richtlijnen en aanwijzingen, dat wil zeggen, het gebruik van het gezagsrecht.¹³⁶ Voor zover partijen wel afspraken hebben gemaakt, is de nadere invulling middels de gezagsuitoefening niet nodig en ook niet mogelijk. Wat uitdrukkelijk is overeengekomen, kan de werkgever immers niet eenzijdig wijzigen, zonder de regel te schenden, dat overeenkomsten moeten worden nagekomen (behoudens de mogelijkheden om de overeenkomst te wijzigen, zoals behandeld in par. 9.3.2). De precisering van het contract doet derhalve de draagwijdte van het gezagsrecht inkrimpen.¹³⁷ Ook al kan een onderwerp in beginsel binnen de gezagsbevoegdheid vallen, zodra over dit onderwerp een afspraak is gemaakt, is dat niet meer het geval.

Deze in theorie heldere regel kan in de praktijk soms maar moeizaam worden toegepast. Het verschil tussen overeenkomst of gezagsuitoefening is soms lastig te bepalen, terwijl zich ook tussenvormen blijken voor te doen tussen algemeen beleid en individuele overeenkomsten. In het navolgende komen enkele van dergelijke problemen aan de orde, waarbij eerst de grens tussen begunstigend beleid en overeenkomst aan de orde komt, en daarna de grens tussen het voor de werknemer belastende beleid (de instructie) en de overeenkomst.

Kwalificatie als begunstigend beleid, toezegging of overeenkomst

In organisaties worden de bezigheden van de medewerkers vaak gereguleerd door middel van beleid. Dat beleid kan inhouden dat er verplichtingen worden opgelegd aan werknemers, maar er kunnen ook gunsten in het vooruitzicht worden gesteld. In beginsel is de werkgever vrij een eenmaal geadopteerd beleid nadien te wijzigen, zij het dat deze vrijheid begrensd zal zijn door de beginselen van goed werkgeverschap,

¹³⁵ Dit gebeurt ook in de literatuur. Zie voor de disciplinering van werknemers in hun vrije tijd bijvoorbeeld Roozendaal 2008a; voor levensstijl en gewicht Sagel 2009 en 2010; voor kledingvoorschriften Van Steenberghe 2006; en voorts Verhulst 1999.

¹³⁶ Koopmans 1962, p. 71.

¹³⁷ Van Esveldt 1971, p. 161.

zoals bijvoorbeeld het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.¹³⁸ Bij begunstigend beleid bestaat de mogelijkheid dat daaruit aanspraken van individuele werknemers voortvloeien, zodat een latere beleidswijziging hen in beginsel niet meer raakt. Dit is in ieder geval aan de orde, als de werkgever en de individuele werknemer hiertoe een overeenkomst hebben gesloten. Een werkgever die een bonusbeleid voert, kan ter uitvoering hiervan bijvoorbeeld overeenkomsten sluiten met individuele werknemers, volgens welke een bepaalde bonus zal worden uitgekeerd, mits aan bepaalde in de overeenkomst geformuleerde voorwaarden is voldaan.

Tot dusver levert de grens tussen gunst of overeenkomst geen problemen op. Een eerste complicerende factor is echter, dat zich in de context van de arbeidsorganisatie ook tussenvormen voordoen tussen algemeen ondernemingsbeleid en een (schriftelijke) overeenkomst met een individuele werknemer. Deze tussenvormen kunnen worden benoemd met de aanduiding 'toezegging'.¹³⁹ De toezegging komt als figuur niet voor in de wet, maar wordt wel besproken in de algemene contractenrechtelijke literatuur. De toezegging kan worden aangemerkt als een eenzijdige rechtshandeling die verbintenissen in het leven roept.¹⁴⁰ Uit de parlementaire geschiedenis van boek 6 NBW blijkt dat de rechtsgevolgen van geval tot geval moeten worden gezien.¹⁴¹ Onder omstandigheden kan de toezegging worden aangemerkt als een (al dan niet herroepelijk) aanbod, dat (al dan niet stilzwijgend) kan worden aanvaard, zodat in dat geval een volwaardige overeenkomst tot stand is gekomen.¹⁴² Ook als dat niet het geval is, kan een toezegging echter rechtsgevolgen hebben.¹⁴³ Niet-nakoming van een bindende toezegging kan bijvoorbeeld leiden tot de verplichting schade te vergoeden. Ook een vordering tot nakoming op grond van art. 3:296 BW behoort tot de mogelijkheden.¹⁴⁴ Deze rechtsgevolgen lijken sterk op de rechtsgevolgen van een overeenkomst. Hoewel een toezegging onder omstandigheden ook tot minder verstrekkende rechtsgevolgen kan leiden dan de verplichting na te komen,¹⁴⁵ wordt in de literatuur gepleit voor een praktische benadering, waarin de regels die van toepassing zijn op overeenkomsten, zoveel mogelijk ook op de toezegging worden toegepast.¹⁴⁶ In de arbeidsrechtelijke jurisprudentie is deze benadering terug te vinden.¹⁴⁷ Uit deze jurisprudentie kan tevens worden afgeleid

138 Deze beginselen kunnen niet alleen worden toegepast op verplichtend beleid (dat wil zeggen de uitoefening van het instructierecht), maar ook op begunstigend beleid. Zie par. 9.4.4.

139 Vgl. Bouwens en Roozendaal 2010.

140 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 102.

141 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1433-1435.

142 Vgl. Van Dunné 2004, p. 71 en 87; 90; 127.

143 Vgl. HR 1 juli 1985, NJ 1986, 692 m.nt. C.J.H. Brunner (*Frenkel/KRO*).

144 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 102.

145 Vgl. Bouwens en Roozendaal 2010. Bijvoorbeeld als de toezegging enerzijds minder duidelijk aan een bepaalde werknemer was gericht, maar deze werknemer anderzijds wel op kenbare wijze zijn handelen op de toezegging of het beleid heeft afgestemd. De rechtsgevolgen kunnen bijvoorbeeld gezocht worden in een verzwaarde motiveringsplicht voor een beleidswijziging en/of het meewegen van een ingetrokken toezegging in een eventuele vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag.

146 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 102. Vgl. HR 19 november 1993, NJ 1994, 156 (*Campina/Van Jole*).

147 Vgl. Gerechtshof Arnhem 28 september 2010, LJN BN8468; Ktr. Amsterdam 7 oktober 2009, JAR 2009/261; Ktr. Utrecht 9 oktober 2009, JAR 2009/264.

dat een toezegging eerder de rechtsgevolgen van een overeenkomst zal hebben als hij aan de werknemer persoonlijk gericht is, op schrift is gesteld en/of zonder voorbehoud is gemaakt.¹⁴⁸ Toezeggingen hadden in de jurisprudentie bijvoorbeeld betrekking op een werkgarantie,¹⁴⁹ de voortzetting van een contract voor bepaalde tijd,¹⁵⁰ de omzetting in een contract voor onbepaalde tijd,¹⁵¹ of een bonus en ontslagvergoeding.¹⁵²

Het feit dat rechtsgevolgen kunnen worden verbonden aan een eenzijdige verklaring, zonder dat een overeenkomst tot stand is gekomen, vindt zijn grondslag in het vertrouwensbeginsel.¹⁵³ Dit is een zwaarwegend beginsel in het algemene privaatrecht. De bindendheid van een toezegging in het arbeidsrecht is derhalve op zichzelf niet aan te merken als een voorbeeld van bijzondere bescherming van de werknemer.

Een tweede complicerende factor is, dat overeenkomsten ook stilzwijgend kunnen worden gesloten. Dat levert juist in de arbeidsrelatie problemen op, vanwege de afbakening met het ondernemingsbeleid. Het komt regelmatig voor dat werkgevers geruime tijd een bepaalde voor werknemers gunstige handelwijze vertonen, zoals het toekennen van een bonus of het toestaan van flexibele arbeidstijden, zonder dat dit in een schriftelijke overeenkomst is vastgelegd. Als de werkgever om één of andere reden wil stoppen met deze handelwijze, kan de vraag aan de orde komen of hij al die tijd gebruik heeft gemaakt van zijn gezagsbevoegdheid of een gunst verleende, of dat er sprake is van een bindende toezegging of zelfs een recht van de werknemers uit overeenkomst. Bij toepassing van de gebruikelijke bewijslastverdeling van art. 150 Rv, zal de werknemer in beginsel het bewijsrisico lopen voor deze onduidelijke situatie. Dat betekent dat zijn belang bij het handhaven van de voor hem gunstige handelwijze sneller het onderspit zal delven boven het belang van de werkgever bij wijziging ervan.

Ter oplossing van dergelijke kwesties wordt in de literatuur en de rechtspraak niet altijd aangeknoopt bij het formele onderscheid tussen gunst, toezegging of overeenkomst. In plaats van te zoeken naar 'objectieve' aanknopingspunten voor de grondslag van verplichtingen van de werkgever, komt het ook voor dat een vuistregel wordt gegeven waaruit blijkt wanneer de belangen van de werknemer de doorslag mogen geven. In de literatuur is bijvoorbeeld voorgesteld deze kwestie op te lossen door middel van een bewijslastverdeling, die na verloop van tijd ten voordele van de

148 Vgl. o.a. Ktr. Leiden 21 december 1994, *JAR* 1995/28; HR 19 november 1993, *NJ* 1994, 156 (*Campina/Van Jole*); HR 14 september 2007, *JAR* 2007/248; HR 23 november 2007, *JAR* 2007/307.

149 HR 19 november 1993, *NJ* 1994, 156 (*Campina/Van Jole*).

150 Ktr. Utrecht 13 mei 1993 en 23 september 1993, *JAR* 1994/51 (voortzetting contract bepaalde tijd); Ktr. Heerenveen 20 november 1996, *JAR* 1997/17 (idem); Ktr. 26 maart 1998, *JAR* 1998/155 (idem).

151 HR 14 september 2007, *JAR* 2007/248.

152 Ktr. Amsterdam 7 oktober 2009, *LJNB* 9678, *JAR* 2009/261, Ktr. Utrecht 9 oktober 2009, *LJNB* K0199, *JAR* 2009/264.

153 Kortmann 2006, p. 155 (inzake de privaatrechtelijke werking van toezeggingen door de overheid); Bouwens en Duk 2008, p. 64 (recht op voortzetting overeenkomst voor bepaalde tijd bij mede door de werkgever opgewekt objectief gerechtvaardigd vertrouwen).

werknemer omgekeerd wordt.¹⁵⁴ Ook wordt wel voorgesteld de belangen van partijen rechtstreeks te wegen, bijvoorbeeld door te zoeken naar een 'redelijke' oplossing in het gegeven geval. Maatgevend wordt bijvoorbeeld gevonden de vraag in hoeverre een zekere bestendigheid van de gedragslijn naar redelijkheid en billijkheid tot voortzetting daarvan noopt.¹⁵⁵ Zo wordt bijvoorbeeld aangenomen dat het onverplichte karakter van de gratificatie verdwijnt indien deze enkele keren achter elkaar is uitgekeerd.¹⁵⁶ Deze benadering is ook terug te vinden in rechtspraak. Zo had een ontslagen werknemer recht op een evenredig deel van een tot dan toe systematisch toegekende prestatiebonus over het ontslagjaar, ondanks het door de werkgever uitdrukkelijk gemaakte voorbehoud dat toekenning van de bonus eerder geen rechten voor de toekomst zou scheppen.¹⁵⁷ Bestendigheid van de gedragslijn kan bijvoorbeeld blijken uit tijdsverloop of uit het hanteren van een ondernemingsbeleid. Bestendigheid kan overigens niet worden afgeleid uit een gedragslijn gedurende de tijd dat die verplicht was op grond van een externe bron, zoals de wet of een (algemeen verbindend verklaarde) cao.¹⁵⁸

Bezien met de bril van de belangenafweging, betekent dit, dat bijvoorbeeld het belang van rechtszekerheid voor de werknemer soms rechtstreeks afgewogen wordt tegen het flexibiliteitsbelang van de werkgever. Het wegen van belangen in plaats van het zoeken naar formele aanknopingspunten zoals een overeenkomst, en de daarbij horende figuren van aanbod en aanvaarding, bij onzekerheid over de kwalificatie van een gedragslijn, kan uitpakken als bescherming voor de werknemer, als zijn belangen de doorslag geven. In zo'n geval kan gesproken worden van bescherming van de werknemer. De ratio van deze jurisprudentie zou echter net zo goed kunnen liggen in het zoeken naar een praktische oplossing voor een probleem, dat bij een formele aanpak nodeloos ingewikkeld zou worden.

Kwalificatie als overeenkomst of als instructie

Het tweede kwalificatieprobleem dat ik hier aan de orde wil stellen betreft de vraag of een bepaald ondernemingsbeleid al dan niet krachtens overeenkomst van toepassing is, in geval het door de werknemer ondertekend is. Het gaat hierbij om het kiezen tussen de kwalificatie van een door beide partijen ondertekende regeling als overeenkomst, of als instemming met een instructie. In het algemene overeenkomstenrecht is een handtekening onder schriftelijke afspraken doorgaans doorslaggevend bewijs voor het bestaan van een overeenkomst. In het arbeidsrecht kan daar echter soms anders over gedacht worden, onder andere vanwege het bestaan van de instructiebevoegdheid. Zoals eerder vermeld is het verschil tussen overeenkomst en instructie relevant, omdat een beroep op een overeenkomst in beginsel veel terughoudender getoetst wordt dan een beroep op een instructie (zie ook par. 9.4.4).

154 Vgl. Jellinghaus 2003, par. 2.2, over de problematiek van verworven rechten.

155 Bouwens en Duk 2008 p. 76: uit een bestendig gevolgde gedragslijn kan een aanspraak van de werknemer resulteren.

156 Van Dijk 2007.

157 HR 22 juni 2007, JAR 2007/214 (conclusie AG: wegens reorganisatie onvoldoende gelegenheid om aan prestatie-eisen te voldoen; in risicosfeer werkgever).

158 Hof Amsterdam 12 mei 2009, LJN BJ2756.

Bij aanvang van de arbeidsrelatie of daarna kan de werknemer gevraagd worden om contractuele bepalingen te ondertekenen die niet of nauwelijks onderhandelbaar zijn en eenzijdig door de werkgever plegen te worden opgenomen, bijvoorbeeld in een personeelsgids of handboek. Dat kunnen bepalingen zijn die zien op de organisatie van de arbeid in de onderneming, over bijvoorbeeld de werkplek, werkwijze, pauzeregelingen, controlebeleid, ziekteverzuimbeleid, etc. Feitelijk is er bij dit soort regelingen vaak weinig verschil tussen de situatie dat de werkgever de toepasselijkheid van de regelingen door de werknemer laat ondertekenen (al dan niet middels een incorporatiebeding), en de situatie dat hij de toepasselijkheid ervan bewerkstelligt door uitoefening van zijn gezagsbevoegdheid (bijvoorbeeld in de vorm van overhandiging van de personeelsgids). In beide gevallen zal de werknemer er niet over onderhandelen. De vraag is, of het verschil er juridisch wel toe doet.

Een aanknopingspunt voor deze kwestie biedt het *Hyatt*-arrest van de Hoge Raad uit 2007. Daarin werd aan de ondertekening door een werkneemster van een alcohol en drugsbeleid van de werkgever uitsluitend waarde toegekend, vanwege het feit dat daarmee vast stond dat de werkneemster de regeling kende.¹⁵⁹ De Hoge Raad noch de lagere rechters motiveerden in deze zaak op grond waarvan slechts deze beperkte betekenis aan de ondertekening kon worden toegekend. In de uitspraak wordt niet veel aandacht besteed aan deze kwestie. Naar mijn mening was het echter niet toevallig dat de ondertekening juist in deze casus werd gerelativeerd.

Uit de casus kunnen mijns inziens twee relevante omstandigheden worden afgeleid. Ten eerste kunnen dergelijke regelingen inzake alcohol en drugs in de onderneming in beginsel ook krachtens het instructierecht worden opgelegd. Een dergelijk beleid strekt zich immers (mede) uit over de arbeidsverrichting en goede orde in de onderneming ex art. 7:660 BW. Ten tweede raakte de regeling in kwestie echter de persoonlijke levenssfeer van de werkneemster.¹⁶⁰ Precies deze omstandigheden leiden in lagere jurisprudentie, literatuur en opvattingen van de wetgever tot het relativeren van de waarde van een overeenkomst.

Een voorbeeld hiervan zijn kledingvoorschriften. Uit lagere rechtspraak en literatuur valt op te maken dat een bepaling in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst over de bevoegdheid van de werkgever om kledingvoorschriften te geven, niet wordt behandeld als een doorslaggevend argument voor de geldigheid ervan, maar slechts als een van de argumenten ter beoordeling van de redelijkheid van de kledingvoorschriften.¹⁶¹ Hetzelfde geldt voor gedragscodes inzake (privé) email- en internetgebruik op de werkplek.¹⁶² Een ander voorbeeld is het verschaffen van informatie over gezondheid en ziekte door de werknemer aan de werkgever. Volgens

159 HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250 (*Hyatt*).

160 Het beleid bracht onder andere met zich mee dat werknemers random getest konden worden op sporen van alcohol- en drugsgebruik in hun urine, en dat bij een positieve uitslag ontslag op staande voet kon volgen, ook al geschiedde het gebruik in de vrije tijd. Vgl. Roozendaal 2008a.

161 Gerlach en Verboom 2007; Ktr. Delft 18 september 1969, Prg. 1970, 646; Ktr. Alphen aan den Rijn 22 maart 1994, *JAR* 1994/82.

162 Bv. Charbon 1999.

de minister kan in het geval van werknemers eigenlijk nooit gezegd worden dat de toestemming voor de verwerking van deze informatie vrijwillig is gegeven.¹⁶³ Dat geldt met andere woorden ongeacht of de werknemer zijn handtekening heeft gezet onder of anderszins heeft ingestemd met een regeling. In jurisprudentie en literatuur over de redelijkheid van ziekteverzuimcontrolebeleid wordt ten slotte nooit aandacht besteed aan de vraag of dit beleid al dan niet volgens overeenkomst van toepassing is. De rechter wordt (kennelijk) bevoegd geacht om het beleid op redelijkheid te beoordelen, ook al is het krachtens overeenkomst van toepassing.¹⁶⁴ Ten slotte kan nogmaals worden gewezen op het feit dat in de rechtspraak over nevenarbeid voor de rechter nauwelijks relevant lijkt te zijn, of er al dan niet een verbod op het verrichten van nevenarbeid was overeengekomen. Met of zonder overeengekomen verbod verricht de rechter een belangenafweging op grond van de omstandigheden van het geval.¹⁶⁵ Dit voorbeeld wijkt iets af van de voorgaande, omdat het hier mede gaat om bepalingen in cao's en niet zozeer om regelingen die ook krachtens het instructierecht plegen te worden opgelegd.

Hieruit kan worden afgeleid dat de bindende kracht van een regeling in een overeenkomst gerelativeerd kan worden, wanneer de regeling de persoonlijke levenssfeer raakt. De relativering bestaat er uit dat de rechter zich bevoegd acht de redelijkheid van de regeling te toetsen, ondanks het feit dat de regeling deel uit maakt van de overeenkomst. De relativering zou mijns inziens overigens nog afhankelijk kunnen zijn van een feitenonderzoek en/of een belangenafweging in het concrete geval. Feitenonderzoek kan uitwijzen of er aanwijzingen zijn dat de werknemer het beding in vrijheid kon ondertekenen, bijvoorbeeld omdat anderen dat weigerden zonder dat dat gevolgen had. Als dergelijke feiten er niet zijn, kan onderzocht worden welk belang de werknemer zou kunnen hebben bij aanvaarding van het beding. Relativering ligt mijns inziens eerder in de rede als er geen aanwijzingen zijn dat er daadwerkelijke vrijheid was om het beding al dan niet te ondertekenen, en als de werknemer geen ander belang bij instemming had dan het verkrijgen of behouden van zijn baan. De bewijslast voor de aan- of afwezigheid van dergelijke omstandigheden of belangen ligt in beginsel bij de partij die zich beroept op het bestaan van een overeenkomst respectievelijk gezagsuitoefening (conform art. 150 Rv). In het geval de werknemer aannemelijk maakt dat het belang alleen bij de werkgever ligt, en de betreffende regeling in de individuele arbeidsovereenkomst is opgenomen, is de ondertekening door de werknemer aan te merken als niet meer dan een bewijs van voldoende kennisgeving van een voorschrift. Dat voorschrift kan vervolgens getoetst worden aan rechtmatigheid en redelijkheid net als andere voorschriften die krachtens de gezagsbevoegdheid worden gegeven (zie par. 9.4.4). Hierbij merk ik reeds op, dat het toetsen van de redelijkheid van een bepaald beding, niet steeds in het voordeel van de werknemer hoeft uit te pakken. Dat was bijvoorbeeld niet het geval in het *Hyatt*-arrest (zie ook par. 14.3.2).

163 Stb. 2000, 121 en Stb. 2005, 17 (Besluit en wijziging Besluit houdende aanwijzing van situaties waarvoor art. 464, Boek 7 BW later dan m.i.v. 1 mei 2000 in werking zal treden). Zie Roozendaal 2008b.

164 Zie bv. Asscher-Vonk e.a. 2007, p. 122-124.

165 Zie par. 3.6.4 en De Wolff 2005, par. 4.4.

9.4.4 *Rechtmatige en redelijke gezagsuitoefening*

In het voorgaande is onderzocht, in hoeverre de wetgever met specifieke regels de gezagsbevoegdheid heeft genormeerd of beperkt, en daarmee de persoonlijke belangen van de werknemer heeft beschermd. Tevens is bekeken, in hoeverre de overeenkomst grenzen stelt aan het vrije gebruik van de gezagsbevoegdheid of het uitvoeren en wijzigen van ondernemingsbeleid. In het navolgende wordt onderzocht, welke eisen er volgens algemenere normen en jurisprudentie gesteld kunnen worden aan de rechtmatigheid en de redelijkheid van de gezagsuitoefening, in het bijzonder in het licht van de persoonlijke belangen van de werknemer.

Rechtmatigheid van de gezagsuitoefening

Een aanknopingspunt voor de rechtmatigheid van de gezagsuitoefening is ten eerste de 'grammaticale' begrenzing van art. 7:660 BW. De gezagsbevoegdheid moet volgens de letter van dat artikel zoals vermeld zien op de arbeidsverrichting of de orde in de onderneming. In deze bepaling is het doel (of: de ratio) van de gezagsbevoegdheid terug te vinden, die wel wordt omschreven als 'het bevorderen van de doelmatigheid en rationaliteit van de bedrijfsvoering'.¹⁶⁶

In de parlementaire geschiedenis is nauwelijks iets opgemerkt over art. 1639b OBW, de voorloper van art. 7:660 BW.¹⁶⁷ Het kan zijn dat men de bepaling duidelijk genoeg vond. In grensgevallen kan echter onzekerheid ontstaan over de betekenis ervan. Staan aanwijzingen inzake de gezondheid van de werknemer bijvoorbeeld in voldoende verband met de arbeidsverrichting? Ook als die aanwijzingen niet alleen op de werkplek of tijdens werktijd moeten worden uitgevoerd, maar tevens in de pauze, thuis of in het weekend? Uit deze vragen blijkt al, dat de inhoudelijke afbakening van de gezagsbevoegdheid een belangrijk raakvlak heeft met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer.

Voor de nadere afbakening van de gezagsbevoegdheid kan gedacht worden aan de grenzen van ruimte en tijd. Die grenzen zullen doorgaans in de arbeidsovereenkomst zelf besloten liggen, omdat de werknemer zich meestal verplicht arbeid te verrichten op een bepaalde locatie gedurende een zekere tijd. De gezagsbevoegdheid dient ter nadere invulling van die overeenkomst en kan daarom, gelijk de overeenkomst, geacht worden begrensd te zijn naar werkplaats en werktijd.¹⁶⁸ De ruimtelijke en temporele grenzen zullen overigens niet altijd voldoende scherpe begrenzing van de

¹⁶⁶ Loonstra en Zondag 2007, p. 132. Hun invalshoek is de vraag wat als een 'arbeidsvoorwaarde' valt aan te merken, en wat als gezagsuitoefening.

¹⁶⁷ Bles I, p. 401-402, toelichting op art. 1639b OBW. Ook bij de uitvoerige beraadslaging over de regeling van het reglement (art. 1637j en k OBW, Bles I p. 398-467) kwam niet aan de orde welke onderwerpen daarin geregeld mochten worden. De discussie ging over de wijze van kennisgeving en de totstandkoming van het reglement. Wel worden er voorbeelden gegeven van zaken die in het reglement geregeld kunnen worden: loon, werktijden, pauze, veiligheid.

¹⁶⁸ In de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie over de Belgische variant van art. 7:660 BW is deze begrenzing met zoveel woorden aanvaard, en ook in de Nederlandse literatuur wordt er wel naar verwezen. P. Humblet 1994, p. 77; 234-235. Zie voor Nederland Loonstra en Zondag 2007, p. 133.

gezagsbevoegdheid bieden. Werkplaats en werktijd zijn in de huidige gedigitaliseerde diensteneconomie veel minder goed feitelijk te bepalen dan in een industriële economie. Vroeger werd het werk nog wel verricht binnen de fabriekspoorten vanaf de eerste bel tot de laatste. In de huidige tijd werken steeds meer mensen af en toe thuis en houden zij zich ook in hun vrije tijd beschikbaar voor werk. Ook over die thuisarbeid kan de werkgever zeggenschap hebben, al zal die zeggenschap zich vooral uitstrekken over de inhoud van de arbeid, en minder over tijd en plaats.¹⁶⁹

Is het denkbaar dat de gezagsbevoegdheid zich impliciet ook uitstrekt over gedrag buiten werktijd, anders dan het verrichten van de overeengekomen arbeid? De wet geeft hier in het algemeen geen aanwijzingen voor. Sporadisch is er wel iets te vinden. Zo is wettelijk geregeld de bevoegdheid van de werkgever om voorschriften te geven aan zieke werknemers teneinde hun re-integratie te bevorderen, althans de verplichting van de werknemer om deze voorschriften op te volgen (art. 7:629 en 660a BW). Deze voorschriften kunnen zich ook uitstrekken buiten werkplaats en werktijd. Dat geldt daarmee echter niet zonder meer voor voorschriften aan gezonde werknemers.

Wel verbindt de wet soms gevolgen aan gedragingen van werknemers die zich ook buiten werktijd- en plaats kunnen voordoen. Art. 7:678 lid 2 BW bevat een lijst met misdragingen van de werknemer die als dringende reden voor ontslag op staande voet kunnen worden aangemerkt. Sommige misdragingen kunnen ook buiten werktijd geschieden, bijvoorbeeld dronkenschap of liederlijk gedrag (sub c), diefstal en bedrog (sub d), of schending van een geheimhoudingsverplichting (sub i). De vermelding van een onderwerp in dit artikel wil echter nog niet zeggen dat dit ook binnen de gezagsbevoegdheid valt. Net zo goed valt te betogen dat art. 7:678 lid 2 BW slechts uitdrukking geeft aan de gedachte, dat de werknemer rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van de werkgever, ook buiten werkplek en werktijd.¹⁷⁰ De vraag blijft dus of de werkgever de verplichting om buiten werktijd met zijn belangen rekening te houden, op grond van de gezagsbevoegdheid op voorhand kan reguleren, of slechts op grond van de redelijkheid en billijkheid achteraf kan sanctioneren. Het verschil is mede relevant, omdat de rechter bij de toets van de gezagsuitoefening een andere maatstaf aanhoudt dan bij het vaststellen van aanvullende of derogerende verplichtingen die voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid (zie over dit laatste par. 8.2.3). De toets van de gezagsbevoegdheid zal hierna worden besproken.

Als gezegd is de vraag naar de reikwijdte van de gezagsbevoegdheid zelden expliciet aan de orde gesteld in jurisprudentie of literatuur. Een indirect aanknopingspunt biedt de bril van de belangenafweging. Bij gebreke aan vuistregels over de reikwijdte van de gezagsbevoegdheid, kan men zich afvragen of in de jurisprudentie al dan niet veel belang wordt gehecht aan de vrije beschikking van de werknemer over zijn

¹⁶⁹ Vgl. Nevens 2010.

¹⁷⁰ Deze verplichting geldt zoals besproken tussen contractpartijen (HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*) en dus ook tussen partijen bij een arbeidsovereenkomst.

eigen tijd, versus het belang van de werkgever bij het beschikken over die tijd of het reguleren van het gedrag van de werknemer in de vrije tijd. Zo bezien valt op dat in jurisprudentie van de Hoge Raad het belang van de vrije beschikking van de werknemer over zijn eigen tijd niet erg zwaar lijkt te wegen. Zo legt de Hoge Raad de lat hoog voor de werknemer die overwerk weigert.¹⁷¹ Een beleid, waarin werknemers werden beperkt in het gebruik van alcohol en drugs in hun vrije tijd, werd voorts aan relatief lichte maatstaven getoetst.¹⁷² De Hoge Raad was desgevraagd niet bereid een bepaling in een cao zo te interpreteren, dat de werknemer zo min mogelijk werd belemmerd in privéactiviteiten die mogelijk ziekte konden veroorzaken.¹⁷³ Bij de afweging tussen organisatorisch belang en persoonlijk belang, lijken voor de Hoge Raad de bedrijfsbelangen derhalve op dit punt al snel zwaarder te wegen. Het is daarmee aannemelijk, dat de gezagsbevoegdheid zich volgens de Hoge Raad ook over de vrije tijd kan uitstrekken, mits een zekere band met het bedrijfsbelang aanwezig is.

De benadering van de Hoge Raad staat overigens in contrast tot vrij overvloedige lagere jurisprudentie waaruit bijvoorbeeld blijkt dat (wan)gedrag buiten werktijd en werkplaats niet snel een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert.¹⁷⁴ In de genoemde literatuur wordt doorgaans gepleit voor een terughoudende toets van wangedrag buiten werktijd. Opmerkenswaardig is ten slotte dat in de Franse doctrine de reikwijdte van de gezagsbevoegdheid expliciet wordt beperkt tot het zogeheten 'vie professionnelle' van de werknemer, terwijl over zijn 'vie personnelle' geen zeggenschap bestaat.¹⁷⁵ Volgens de lagere jurisprudentie en literatuur weegt het persoonlijke belang bij de vrije beschikking over de eigen tijd dus bij voorbaat zwaar. De werkgever zal op zijn minst moeten aantonen dat het voorkomen van wangedrag in de eigen tijd van de werknemer een duidelijke band heeft met het bedrijfsbelang.¹⁷⁶ De Hoge Raad denkt daar zoals vermeld mogelijk anders over.

Redelijkheid van de gezagsuitoefening

Naast de rechtmatigheid vindt de uitoefening van de gezagsbevoegdheid haar grenzen in de redelijkheid, ofwel de grenzen die een goed werkgever in acht moet

171 Zie uitvoerig par. 3.6.3 en Roozendaal 2007a.

172 HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250 (*Hyatt*). Voor het bewijs van een redelijk belang bij het ontslag wegens overtreding van het drugsbeleid was voldoende de enkele stelling van de werkgever dat het bedrijfsimago kon worden aangetast door drugsgebruik van werknemers in de 72 uur voorafgaand aan de aanvang van het werk. De rechtmatigheid van het beleid van de werkgever was in deze zaak niet expliciet ter discussie gesteld door partijen, maar de Hoge Raad zag ook geen aanleiding om zelf grenzen te stellen. Zie ook par. 14.2.3.

173 HR 14 maart 2008, *JAR* 2008/110.

174 Verhulp 1999, p. 142-152 en Sagel en Verhulp 2005, p. 90-91; Beltzer 2004a, p. 42. In de door hen besproken rechtspraak gaat het overigens meestal niet om het overtreden van bedrijfsvoorschriften door de werknemer maar om gedrag in strijd met maatschappelijke normen of fatsoensregels.

175 Lepage 2006, p. 364-377; Mathieu-Geniaut 2006, p. 848-856. De persoonlijke levenssfeer moet volgens de Franse doctrine overigens niet verward worden met de privésfeer. Het persoonlijke leven kan zich ook afspelen in het openbaar. Dat geldt niet voor zijn 'vie privée'. De connotatie van die uitdrukking is dat van een intieme, aan de openbaarheid onttrokken sfeer die een bijzondere bescherming rechtvaardigt.

176 Beltzer 2004a, p. 42.

nemen. Daar staat tegenover, dat ook de werknemer zich als een goed werknemer moet gedragen (art. 7:611). Deze nevenstelling suggereert wellicht dat de belangen van de werkgever en de belangen van de werknemer even zwaar mogen wegen. Dat is echter niet het geval.

De Hoge Raad heeft overwogen, dat het gebruik van de werkgever van zijn gezagsbevoegdheid onderhevig is aan volle toetsing aan de normen van het goed werkgeverschap. De rechter moet bij deze toetsing echter 'niet alleen rekening ... houden met de aard van de dienstbetrekking en van de overeengekomen arbeid alsmede met de overige omstandigheden van het geval, maar ook met de beoordelingsvrijheid die de werkgever, gezien de aard van zijn bedrijf en van de daarin te verrichten werkzaamheden, ten aanzien van de organisatie en inrichting van die werkzaamheden toekomt'.¹⁷⁷ De Hoge Raad gaat dus enerzijds niet akkoord met een marginale toets, maar wil anderzijds wel benadrukken dat er ruimte moet blijven voor beoordelingsvrijheid van de werkgever.

De in de (lagere) jurisprudentie ontwikkelde beginselen van goed werkgeverschap sluiten aan bij deze wijze van toetsen, zoals blijkt uit de studie van Heerma van Voss.¹⁷⁸ Deze beginselen door hem ook wel aangeduid als procedureel, stellen de rechter veelal in staat, om werkgeversbeleid te toetsen zonder op de 'stoel van de werkgever' te gaan zitten, dat wil zeggen, zonder de innerlijke waarde van het beleid te beoordelen. Beginselen die dat mogelijk maken zijn bijvoorbeeld het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het motiveringsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van hoor en wederhoor. Daarnaast bestaat er een tendens in de rechtspraak om het ontbreken van een beleidslijn inzake een bepaalde gedragsregel aan de werkgever te verwijten. Is er wel een beleid, dan wordt dit inhoudelijk vrij marginaal getoetst.¹⁷⁹

Heerma van Voss biedt in zijn overzicht van beginselen eigenlijk nauwelijks aanknopingspunten voor een inhoudelijke afweging tussen de belangen van de werkgever en de belangen van de werknemer. Deze afweging komt in zijn overzicht alleen indirect terug bij het zorgvuldigheidsbeginsel. Een zorgvuldige werkgever moet in ieder geval onderzoek doen naar de belangen van de werknemer.¹⁸⁰ De Hoge Raad heeft een dergelijke algemene hoorplicht niet aangenomen, maar neemt wel aan dat

177 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667 m.nt. Stein (*Nuts/Hofman*). Vgl. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 679 (*Van den Berg/Daniel de Brouwerstichting*).

178 Heerma van Voss 1999, hoofdstuk 2.

179 Ktg. Amsterdam 19 april 2002, JAR 2002/107; Ktg. Tilburg 12 juni 2003, JAR 2003/176; Ktg. Zwolle 2 februari 2004, JAR 2004/41; Ktg. Haarlem 15 april 2004, JAR 2004/125; Vzng. Rb Maastricht 6 april 2005, JAR 2005/108. Het ontbreken van beleid wordt de werkgever overigens veel vaker nagedragen. Vgl. Pres. Rb. Assen 9 maart 1999, JAR 1999/114; Rb Rotterdam 30 september 1999, JAR 1999/230; Ktg. Utrecht 13 juli 2000, JAR 2000/199; Ktg. Apeldoorn 6 september 2000, JAR 2000/212; Ktg. Den Haag 3 oktober 2002, JAR 2002/269; Ktg. Terneuzen 7 januari 2004, JAR 2004/38; Ktg. Rotterdam 7 juni 2004, JAR 2004/156; Ktg. Groningen 24 juli 2007, JAR 2007/186.

180 Heerma van Voss 1999, p. 41. Heerma van Voss noemt ook het evenredigheidsbeginsel, maar illustreert dat uitsluitend door de regel dat een tuchtrechtelijke maatregel proportioneel moet zijn aan het verwijt aan de werknemer.

de werkgever de bezwaren van de werknemer moet aanhoren, mits tijdig aangevoerd.¹⁸¹ Zoals eerder besproken moeten volgens de Hoge Raad de steekhoudende bezwaren van de werknemer bij weigering van een opdracht worden meegewogen. De aanwezigheid van dergelijke bezwaren maakt een opdracht echter nog niet onredelijk.¹⁸² Anders gesteld, kunnen de belangen van een werknemer bij weigering van een opdracht alleen doorslaggevend zijn, als ze bijzonder zwaarwichtig zijn. Uitgedrukt als bewijslastverdeling, is de bewijslast voor het bedrijfsbelang bij een instructie in beginsel licht, en de bewijslast voor het persoonlijke belang bij weigering ervan zwaar.

Over de vraag welke persoonlijke belangen voldoende zwaarwichtig zijn, heeft de Hoge Raad zich niet in algemene zin uitgelaten. Sinds de laatste decennia wordt deze vraag voor een aantal onderwerpen in de literatuur beantwoord in het kader van de doorwerking van grondrechten. Voorbeelden van belangen die in verband worden gebracht met grondrechten zijn vrijheid van meningsuiting, persoonlijke expressie (kleding), geheimhoudingsbelangen, het verrichten van nevenarbeid en gewetensbezwaren.¹⁸³ Het onderwerp zorgtaken is al aan bod gekomen in hoofdstuk 4. Daarnaast valt te noemen het onderwerp liefde op het werk, waarbij een link kan worden gelegd met het recht op relationele privacy.¹⁸⁴ Door een bepaald persoonlijk belang te scharen onder een grondrecht, wordt doorgaans beoogd de zwaarwichtigheid ervan te benadrukken. Het gewenste effect daarvan is uiteraard, dat in de belangenafweging tussen het bedrijfsbelang en het persoonlijk belang, het persoonlijke belang vaker de doorslag geeft. In hoofdstuk 14 komt aan de orde, of de doorwerking van grondrechten inderdaad meebrengt, dat de daaronder te scharen belangen bij voorbaat zwaarwichtig zijn.

In de lagere jurisprudentie wordt de afweging tussen bedrijfsbelangen en persoonlijke belangen overigens soms in het voordeel van de laatste beslecht, zonder dat er sprake hoeft te zijn van een zwaarwichtig persoonlijk belang. Zo valt de opvatting te signaleren dat ook binnen werktijd en werkplaats een zekere ruimte moet zijn voor privéaangelegenheden, zoals even bellen of mailen met het thuisfront.¹⁸⁵ Deze afweging valt te billijken. Het belang van de werkgever om dergelijke bezigheden absoluut te verbieden, lijkt in een doorsnee kantooromgeving immers ook niet erg groot. Dat neemt niet weg dat de werkgever mijns inziens in beginsel bevoegd is

181 Vgl. HR 6 april 1979, *NJ* 1979, 492 (in hoger beroep is te laat) en HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 513 (tijdig betekent voor of ter gelegenheid van de weigering).

182 HR 24 juni 1966, *NJ* 1966, 457; HR 8 juli 1986, *NJ* 1986, 826; HR 22 september 1995, *JAR* 1995/216. Weigering om de door de werknemer aangevoerde gronden aan te horen kan er toe leiden dat de werkgever de ondeugdelijkheid van die gronden moet bewijzen, zie HR 19 september 1980, *NJ* 1981, 131 m.nt. Stein.

183 Zie Verhulp 1999; voor de disciplinerende werknemers in hun vrije tijd Boelhouwer 1997 en Roozendaal 2008a; voor nevenarbeid Wolters 2010; voor levensstijl en gewicht Sagel 2009 en 2010; voor kledingvoorschriften Van Steenbergen 2006.

184 Oberman en Stam 2009.

185 Kantonrechter Haarlem 16 juni 2000, *JAR* 2000/170 (privatisering: werkgever heeft binnen zekere grenzen te aanvaarden dat onder werktijd privécontacten worden onderhouden); Ktr. Zwolle 21 juni 2002, *JAR* 2002/196 (niet meer kan worden volgehouden dat een werkgever ieder contact door haar werknemers met privérelaties geheel kan verbieden).

regels te stellen ten aanzien van het beperken van dergelijke contacten tijdens werktijd.¹⁸⁶

9.4.5 Conclusie

De grenzen van de gezagsbevoegdheid zijn gelegen in de wet, de overeenkomst, de rechtmatigheid en de redelijkheid van de gezagsuitoefening. De vraag in deze paragraaf was, in hoeverre die grenzen in de wet en volgens de jurisprudentie bescherming geven aan persoonlijke belangen van de werknemer, zoals veiligheid, arbeidsparticipatie, geheimhouding, persoonlijke ontplooiing en waardigheid, en de afstemming tussen werk en privétijd.

De wet bevat veel dwingend recht waar het gaat om veiligheid en gezondheid, werkherleving van gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers, en arbeidstijden. Daarmee is de belasting van de werkgever ten behoeve van veiligheid, arbeidsparticipatie van arbeidsongeschikten en de afstemming tussen werk en privé relatief zwaar te noemen. De verplichtingen van de werkgever zijn bovendien grotendeels geïndividualiseerd. De werkgever mag bij het nakomen van zijn verplichtingen vaak niet volstaan met de zorg voor een 'maatmens', dat wil zeggen voor een 'gemiddelde' of 'gewone' werknemer, of voor de werknemer zoals die zich heeft gepresenteerd bij aanvang van de overeenkomst. Hij moet zorgen voor veiligheid, arbeidsparticipatie en een aanvaardbare balans tussen werktijd en privétijd van de individuele werknemer, gelet op de actuele individuele omstandigheden van de werknemer. Hij moet bijvoorbeeld niet zelden gedogen dat de werknemer zijn beschikbare arbeidstijd beperkt, al dan niet met een beroep op zijn gewijzigde privéomstandigheden.

De grenzen aan disciplineren van gedrag, teneinde belangen te beschermen als autonomie, informatieve privacy en vrije expressie, zijn door de wetgever veel minder gereguleerd. De wet bevat vooral randvoorwaarden voor disciplineringsvoorschriften, zoals zorgvuldige gegevensbewerking, informatieplicht, overleg met werknemersvertegenwoordigers, en gelijke behandeling. Deze regels hebben gemeen dat handhaving ervan door individuele werknemers niet eenvoudig is.

Waar het gaat om de rechtmatigheid en de redelijkheid van de gezagsuitoefening binnen de grenzen van de (dwingendrechtelijke) bescherming van de wet, is de bescherming van de werknemer evenmin zwaar te noemen. De Hoge Raad is geneigd het bedrijfsbelang bij voorbaat zwaar te laten wegen ten opzichte van persoonlijke belangen. De rechtmatige uitoefening van de gezagsbevoegdheid houdt bijvoorbeeld vermoedelijk niet op bij de grens van werkplek en werktijd. Het belang van de werkgever bij de beperking van de vrijheid van de werknemer in zijn vrije tijd hoeft niet zeer zwaarwichtig te zijn. Vrees voor imagoschade kan voldoende zijn. Bij het toetsen van de redelijkheid van voorschriften moet weliswaar vol getoetst worden aan de normen van goed werkgeverschap, maar daarbij moet rekening

¹⁸⁶ Bouwens en Duk 2008, p. 72-73: een duidelijke gedragscode strekt tot aanbeveling voor werkgevers die excessief gebruik willen beperken.

worden gehouden met de beleidsvrijheid van de werkgever. Alleen een zwaarwichtig persoonlijk belang van de werknemer kan weigering van een redelijke instructie rechtvaardigen. Wel moet de werkgever zich houden aan zorgvuldigheidsvoorschriften, zoals het aanhoren van de bezwaren van de werknemer.

In het geval van bedingen c.q. regelingen die duidelijk raakvlakken hebben met de persoonlijke levenssfeer van de werknemer wordt de gebondenheid aan een regeling evenwel soms niet als uitgangspunt genomen, maar wordt in plaats daarvan de 'redelijkheid' van de regeling zelfstandig getoetst, alsof het om werkgeversbeleid gaat. De afweging van de redelijkheid van een regeling in plaats van het zoeken naar aanknopingspunten in de vorm van het onderscheid tussen overeenkomst, toezegging of instructie, is een methode die rechters in het arbeidsrecht wel vaker gebruiken. De verklaring hiervan kan gelegen zijn in het willen compenseren van machtsongelijkheid. Mogelijk is de gedachte hierachter echter in sommige gevallen een praktische, namelijk om een geschil op te lossen in een situatie dat de feiten te weinig aanknopingspunten bieden om een keuze te kunnen maken tussen de genoemde rechtsfiguren.

Al met al geldt zowel bij de gebondenheid aan het contract als de gebondenheid aan de instructie, dat de bescherming van persoonlijke belangen van de werknemer in belangrijke mate kan worden ontleend aan de wet, en veel minder aan jurisprudentie.

9.5 Nakoming en schadevergoeding in de arbeidsovereenkomst

9.5.1 Inleiding

Het contract is de belangrijkste maatstaf voor de risicoverdeling in een gewone overeenkomst. Begrippen als toerekenbare tekortkoming, overmacht en nakoming zijn gerelateerd aan het contract en daarom van eminent belang voor die risicoverdeling. Hetzelfde begrippenapparaat speelt echter een veel minder grote rol in de arbeidsrechtelijke doctrine. Inmiddels zal duidelijk zijn waarom dat zo is. Het contract is veel minder maatgevend in de arbeidsrechtelijke verhouding. Bij de vraag of een arbeidsovereenkomst moet worden nagekomen, weegt het beginsel van gebondenheid aan het contract niet altijd even zwaar. Niet zelden bestaat er ruimte om de belangen van partijen in weerwil van het contract opnieuw tegen elkaar af te wegen, bijvoorbeeld bij een voorstel tot wijziging van de werkgever (zie par. 9.3.2). De vraag of een instructie moet worden opgevolgd, kan voorts per definitie niet geregeerd worden door het contract. In plaats daarvan gelden de eisen van het goed werkgever- en werknemerschap (zie par. 9.4).

Behalve het ontslag, dat als laatste zal worden behandeld, blijft er dan nog een tweetal onderwerpen over, namelijk de gevolgen van een tekortkoming zoals het recht op schadevergoeding en nakoming, en het recht op doorbetaling van loon bij niet-werken. In het navolgende worden in grote lijnen de verschillen tussen het algemene contractenrecht en het arbeidsrecht geschetst op dit punt.

9.5.2 Schadevergoeding in het arbeidsrecht

Het recht op schadevergoeding wegens een toerekenbare tekortkoming is ook op de arbeidsovereenkomst van toepassing.¹⁸⁷ Aan een beroep op deze algemene grondslag voor schadevergoeding komt men echter niet snel toe. Boek 7 titel 10 BW bevat namelijk bijzondere regels voor financiële compensatie bij tekortkomingen. Daaronder vallen ten eerste de regels voor schade aan personen en zaken ontstaan in verband met de uitvoering van de overeenkomst. Ten tweede kunnen daaronder geschaard worden de regels voor loonbetaling bij het niet (laten) verrichten van de arbeid.

Bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst kan schade ontstaan, bijvoorbeeld aan personen of zaken. In het algemene contractenrecht is men aansprakelijk voor schade die men zelf veroorzaakt. Voor de verdeling van de risico's van schade in de arbeidsovereenkomst bestaan bijzondere regels. Dat er behoefte was aan deze bijzondere regels, is niet verwonderlijk. De werknemer dient immers zijn arbeid te verrichten naar instructie van de werkgever, in diens bedrijf, met de productiemiddelen die de werkgever hem toevertrouwt. Het is derhalve niet op voorhand duidelijk of er sprake kan zijn van wanprestatie en zo ja, van wie, in geval van schade op de werkplek. Voor een alternatieve risicoverdeling voor schade aan zaken en mensen zou men terug kunnen vallen op de regels voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad (thans art. 6:162 BW), hetgeen voor invoering van de Ongevallenwet 1901 ook gebeurde.¹⁸⁸ Het ligt echter voor de hand om in het geval van de arbeidsovereenkomst bijzondere regels voor een risicoverdeling te maken, die is toegesneden op de wederzijdse rechten en plichten in de arbeidsovereenkomst.

De werknemer die schade heeft geleden, kan thans een beroep doen op art. 7:658 lid 2 BW. Schade waarvan is bewezen dat die is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden, wordt volgens de bewijslastverdeling in dit artikel in beginsel toegerekend aan de werkgever. De werkgever kan deze aansprakelijkheid alleen ontlopen als hij bewijst dat hij aan al zijn veiligheidsverplichtingen heeft voldaan, of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Deze risicoverdeling vormt als het ware een afspiegeling van de zeggenschapsverhouding tussen partijen. De zeggenschap van de werkgever over de werknemer is uiteraard groot (zie par. 9.4). De keerzijde daarvan is, dat hij maar moeilijk kan ontkomen aan aansprakelijkheid voor schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van de werkzaamheden.

Vergelijkt men deze bewijslastverdeling met de gewone verdeling bij onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW, dan is de verdeling van art. 7:658 lid 2 BW veel gunstiger voor de werknemer. Hij hoeft immers niet te bewijzen dat de werkgever een verplichting heeft geschonden, noch dat dit de schade heeft veroorzaakt. Zijn

¹⁸⁷ Art. 7:686 BW. Vgl. HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 m.nt. PAS (*Deuss/Motelmij. Holland, de vordering tot vergoeding van de schade kan ook worden ingediend nadat de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 wegens een dringende reden is ontbonden*).

¹⁸⁸ Schwitters 1991, p. 11 en p. 197 e.v.

eigen bijdrage aan het ontstaan van de schade wordt bovendien zelden meege-rekend (zie hierna). Vergelijkt men art. 7:658 lid 2 BW echter met de risicoverdeling bij tekortkoming uit een overeenkomst,¹⁸⁹ dan komt het dicht in de buurt van de toerekening van risico's uit de eigen bedrijfsfeer aan de werkgever. Zo bezien is deze aansprakelijkheid voor een veilige werkomgeving mijns inziens niet overdreven zwaar te noemen. Wie de meeste zeggenschap over veiligheid heeft, moet daarvoor ook de zwaarste risico's dragen.

Iets anders ligt het voor het meewegen van de eigen bijdrage van de werknemer aan het ontstaan van de schade. In het arbeidsrecht worden niet vaak gevolgen verbonden aan de eigen bijdrage van de werknemer bij het ontstaan van schade tijdens de uitvoering van de werkzaamheden. Volgens art. 7:658 BW kan alleen de opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer bij het ontstaan van de schade leiden tot disculpatie van de werkgever. Deze beperking tot opzet of bewuste roekeloosheid is ook terug te vinden in art. 7:661 BW. Volgens art. 7:661 BW is de werknemer voor de aan zijn werkgever toegebrachte schade niet aansprakelijk, tenzij deze een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Art. 7:661 is van toepassing op alle gedragingen die voldoende verband hebben met de opgedragen werkzaamheden.¹⁹⁰ Het begrip bewuste roekeloosheid wordt in beide artikelen op dezelfde beperkte manier uitgelegd.¹⁹¹ Een beroep op bewuste roekeloosheid kan alleen slagen wanneer de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het schade-veroorzakend handelen daadwerkelijk bewust is geweest van het roekeloze karakter van zijn gedraging.¹⁹² Een disculpatie op deze grond slaagt in de praktijk zelden of nooit.¹⁹³ De ratio van deze uitleg is volgens de Hoge Raad 'de werknemer te beschermen, door bij de aan zijn schuld te stellen eisen rekening te houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met machines, werktuigen en gereedschappen de werknemer die deze gebruikt er licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is'.¹⁹⁴ Geparafraseerd zegt de Hoge Raad, dat het normaal is dat werknemers nu eenmaal af en toe onvoorzichtig zijn. Dit is een gewoon bedrijfsrisico, en dat heeft de

189 Meijers vergeleek de bewijslastverdeling bij het niet nakomen van art. 1638x lid 2 BW met de algemene leer van schadevergoeding bij niet-nakoming van verbintenissen (in plaats van met de schadevergoeding uit onrechtmatige daad), en kwam tot de conclusie dat het toenmalige wetsartikel in overeenstemming was met die algemene leer (Meijers 1912, p. 176). Ook Bouwens en Duk 2008, p. 240, vermelden dat art. 7:658 lid 2 in opzet een contractuele schuld aansprakelijkheid bevat.

190 HR 9 januari 1998, NJ 1998, 440 m.nt. Stein (voldoende is dat werk behoort tot werkzaamheden waarvoor de werkgever de werknemer gebruikt). Art. 7:661 is ook van toepassing bij een onrechtmatige daad van de werknemer die wordt begaan bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, althans wordt de toepassing van art. 6:162 BW daardoor ingekleurd (HR 2 maart 2007, JAR 2007/90). Vgl. Bouwens en Duk 2008, p. 266.

191 HR 14 oktober 2005, JAR 2005/271 (*City Tax/De Boer*).

192 HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. Stein (*Pollemans/Hoondert*); HR 11 september 1998, NJ 1998, 870 (*Van der Wiele/Philips*); HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 (*Maasman/Akzo Nobel*).

193 Bouwens en Duk 2008, p. 241. Zelfs als er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, moet de schade nog in 'belangrijke mate' het gevolg daarvan zijn. Dat betekent volgens de Hoge Raad dat de gedragingen van de werknemer in zodanige mate tot de schade moeten hebben bijgedragen, dat het tekortschieten van de werkgever daarbij als oorzaak in het niet valt. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 (*Pollemans/Hoondert*).

194 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 m.nt. Stein (*Sweegers Beton/Van den Hout*).

werkgever te aanvaarden. Van de werknemer kan niet verwacht worden dat hij dergelijke risico's moet dragen, terwijl zijn loon daarmee niet in verhouding staat.¹⁹⁵ Alleen een zeer abnormale onvoorzichtigheid, waarmee men normaal gesproken geen rekening behoeft te houden, leidt daarom tot disculpatie voor de werkgever. Dit wijkt duidelijk af van de gewone regels voor schadevergoeding op grond van wanprestatie en op grond van onrechtmatige daad. Eigen schuld kan daarin doorgaans proportioneel meewegen (art. 6:106 BW).¹⁹⁶ Daarmee kan gesteld worden dat hier sprake is van verhoogde bescherming van de werknemer in vergelijking met het gewone aansprakelijkheidsrecht.

Bij art. 7:661 BW bestaat overigens de mogelijkheid om af te wijken van de omschreven risicoverdeling op grond van de omstandigheden van het geval (lid 1) en op grond van een schriftelijke overeenkomst, voor zover de werknemer verzekerd is (lid 2). De mogelijkheid van lid 1 heeft de Hoge Raad toegepast op verkeersboetes op grond van de WHAV.¹⁹⁷ De normale onvoorzichtigheid van verkeersdeelnemers mag in dit geval niet voor risico van de werkgever gebracht worden, tenzij de werkgever het begaan van de betreffende overtreding zou hebben bevorderd. Mogelijk speelt hierbij een rol, dat deze risico's zich niet in de bedrijfssfeer voordoen, maar op de openbare weg.¹⁹⁸

De aansprakelijkheid voor schade van de werknemer is anderzijds niet beperkt tot risico's die zich voordoen in de bedrijfssfeer. De Hoge Raad heeft namelijk aangenomen, dat onder voorwaarden ook een schadevergoedingsplicht op grond van art. 7:611 BW kan bestaan voor schade ontstaan buiten werkplek en werktijd waarbij een verband met de werkzaamheden aanwezig is. Voorbeelden zijn (letsel)schade veroorzaakt door een werkgerelateerd incident bij de werknemer thuis, tijdens verkeerdeelname, tijdens een werkgerelateerd verblijf in het buitenland of tijdens

195 Ook in 1959 overwoog de Hoge Raad dat de aard van de arbeidsovereenkomst kan meebrengen dat de werkgever de gevolgen moet dragen van geringe fouten die de arbeider bij het verrichten van zijn werkzaamheden begaat, bijvoorbeeld bij deelname aan het verkeer 'met kansen op schaden die in omvang staan buiten verhouding tot het bedrag van het loon waarvoor de arbeider den arbeid op zich heeft genomen.' HR 26 juni 1959, NJ 1959, 551 m.nt. LEHR (*De Bont/Zuid-Ooster*). Zie ook de A-G in JAR 2008/185.

196 Vgl. echter HR 31 maart 2006, JAR 2006/100 (*Nefalit/Karamus*). De aansprakelijkheid kan proportioneel verdeeld worden bij onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen aan de schade, ten opzichte van andere mogelijke oorzaken die zijn toe te rekenen aan de werknemer, zoals rookgedrag, genetische aanleg, veroudering, etc.

197 HR 13 juni 2008, JAR 2008/185 (*TPG Post/ABVAKABO*).

198 Dit blijkt indirect uit het arrest. De Hoge Raad acht het ongerijmd dat het kentekenhouderschap beslissend zou zijn voor de vraag wie draagplichtig is. Nu namelijk volgens de Hoge Raad de kentekenhoudende werknemer enerzijds boetes voor verkeersovertredingen tijdens werkgerelateerde verkeerdeelname (behoudens uitzonderlijke toepassing van 7:611) niet kan verhalen op de werkgever, omdat een wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt, is anderzijds opzet of bewuste roekeloosheid niet vereist voor boetes die voor een verkeersovertreding van de werknemer aan de kentekenhoudende werkgever zijn opgelegd. De wettelijke grondslag voor verhaal op de werkgever van boetes opgelegd aan de werknemer ontbreekt in beginsel, omdat de werkgever geen zorgplicht heeft voor verkeerdeelname buiten de bedrijfssfeer op grond van art. 7:658 BW.

een bedrijfsuitje.¹⁹⁹ Deze aansprakelijkheid valt niet onder het toepassingsbereik van art. 7:658 BW maar onder het goed werkgeverschap van 7:611 BW. De werkgever heeft in deze gevallen weinig of geen zeggenschap over, of invloed op de omstandigheden waarin de schade ontstond, maar kan soms toch veroordeeld worden tot vergoeding van de geleden schade, bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van een behoorlijke verzekering. Het gaat dus om aansprakelijkheid voor een omstandigheid buiten zijn eigen bedrijfssfeer. Dat lijkt daarom een voorbeeld van werknemersbescherming. Wel heeft de Hoge Raad opgemerkt, dat voor de begroting van de schade aangeknoopt kan worden bij de gewone regels van boek 6 BW.²⁰⁰ Dat zou bijvoorbeeld kunnen betekenen dat de schade alleen vergoed kan worden voor zover deze kan worden toegerekend aan de werkgever, en dat eigen schuld van de werknemer leidt tot evenredige verlaging van de aansprakelijkheid van de werkgever. Als het verwijt aan de werkgever bestaat uit het niet afsluiten van een verzekering, zal dat de werkgever niet baten, maar anderszins lijkt deze regel de aansprakelijkheid van de werkgever voor ongevallen buiten de bedrijfssfeer aanzienlijk te beperken. Mogelijk is daarom het verschil met aansprakelijkheid uit wanprestatie of onrechtmatige daad niet bijzonder groot.

9.5.3 Nakoming in het arbeidsrecht

De werkgever kan niet in rechte nakoming vorderen van de verplichting de bedongen arbeid te verrichten, althans niet onder bepaling van een dwangsom of van gijzeling (art. 7:659 lid 2 BW). Dit is een afwijking van art. 585 Rv (lijfswang) en 611a Rv (dwangsom). De nakoming van de belangrijkste verplichting van de werknemer uit de arbeidsovereenkomst kan dus niet rechtstreeks worden afdgedwongen. Wel mogelijk is uiteraard het dreigen met sancties als verval van loon en ontslag. Als het gaat om specifieke verplichtingen zal een vordering tot nakoming wellicht toch toegewezen kunnen worden, bijvoorbeeld een verplichting tot het afdragen van geïncasseerde gelden.

De beperking aan het afdwingen van nakoming van de werkgever beschermt de persoonlijke belangen van de werknemer. Zijn lichamelijke integriteit, vrije arbeidskeuze en autonomie worden tot op zekere hoogte gewaarborgd. In vergelijking met

199 HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 (*S./Reclassering*, reclasseringscliënt mishandelt begeleider op privéadres; vordering afgewezen, maar mogelijkheid in beginsel erkend). Verkeer: werkgever moet de niet door verzekering gedekte schade vergoeden; o.a. HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 m.nt. Stein (*Vonk Montage/Van der Hoeven*); HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 m.nt. Heerma van Voss (*De Bont/Oudenallen*, schadevergoedingsplicht behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, zie ook HR 2 december 2005, JAR 2006/16); HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 (*Maasman/Akzo Nobel*) en HR 1 februari 2008, JAR 2008/57 (*Kooiker Taxicentrale*, de werkgever is op grond van goedwerkgeverschap gehouden zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering voor ongevallen van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval, schadevergoedingsplicht voor niet door verzekering gedekte schade). Werkgerelateerd verblijf in het buitenland: HR 18 maart 2005, JAR 2005/100 (piloot overkomt verkeersongeval tijdens wachttijd in Ivoorkust; goed werkgeverschap verplichtte tot risicobeperking of verzekering van de risico's). Bedrijfsuitje: HR 17 april 2009, JAR 2009/128 (*M/V Communicatie/Van den Brink*, val tijdens rollerskaten).

200 HR 17 april 2009, JAR 2009/128 (*M/V Communicatie/Van den Brink*).

het algemene contractenrecht kan gezegd worden dat er sprake is van werknemersbescherming bij het recht op nakoming.

De werknemer kan zijnerzijds wel nakoming vragen van wat wel gezien wordt als de belangrijkste verplichting van de werkgever, namelijk de verplichting om loon te betalen. De wet bevat daarvoor een gestandaardiseerde 'boete' in art. 7:625 BW (de verdragingsrente), die evenwel door de rechter gematigd kan worden. Daarnaast kan wettelijke rente worden gevorderd (art. 6:119 BW). Of de feitelijke tewerkstelling door de werknemer kan worden afgedwongen, hangt volgens de Hoge Raad af van de omstandigheden van het geval.²⁰¹ Weigert de werkgever de werknemer te werk te stellen, dan kan hij echter gehouden zijn om toch loon door te betalen op grond van art. 7:628 BW (zie par. 9.6). Het belang van de werknemer bij de tijdige ontvangst van zijn inkomen, noodzakelijk voor zijn levensonderhoud, wordt derhalve met stevige handhavingsinstrumenten gewaarborgd. In vergelijking met het algemene contractenrecht kan ook hiervan gezegd worden dat er sprake is van een verzwaarde bescherming van de werknemer bij het recht op nakoming. Voor het belang bij het kunnen verrichten van arbeid is dat niet het geval.

9.5.4 Conclusie

Vergelijkt men de bewijslastverdeling voor schade ontstaan tijdens de uitoefening van werkzaamheden binnen een arbeidsrelatie met de gewone verdeling bij onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW, dan is de verdeling van art. 7:658 lid 2 BW gunstiger voor de werknemer. Hij hoeft immers niet te bewijzen dat de werkgever een verplichting heeft geschonden, noch dat dit de schade heeft veroorzaakt. Vergelijkt men art. 7:658 lid 2 BW echter met de risicoverdeling bij tekortkoming uit een overeenkomst, dan komt het dicht in de buurt van de toerekening van risico's uit de eigen bedrijfs sfeer aan de werkgever. De risicoverdeling die volgt uit art. 7:658 lid 2 BW is voor de werkgever zelfs gunstiger, omdat het niet om een volledige risicoaansprakelijkheid gaat. Zo bezien is deze aansprakelijkheid voor een veilige werkomgeving niet overdreven zwaar te noemen. De logica in de gedachte dat wie de meeste zeggenschap over veiligheid heeft, daarvoor ook de zwaarste risico's moet dragen, is niet vreemd aan de beginselen van het gewone contractenrecht. In zoverre is geen sprake van bijzondere bescherming van de werknemer. De verhoogde bescherming van de werknemer is wel af te leiden uit het feit dat de werknemer zelden zelf aansprakelijk is voor schade als gevolg van een gebrekkige nakoming van de overeenkomst. Zijn eigen bijdrage aan het ontstaan van de schade wordt zelden meegerekend. De verhoogde bescherming is ook af te leiden uit de ruime werkingssfeer van de zorgplicht van art. 7:658 BW. Daarom kan toch gesteld worden dat de werknemer op dit punt bescherming geniet. De bescherming tegen de

²⁰¹ HR 26 maart 1965, *NJ* 1965, 163 (*Walsweer/Acmesa*); HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264 (*Possemis/Hoogenboom*); HR 27 mei 1983, *NJ* 1983, 758; HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801 (*Chelbi/Klene*). Wel is er een verplichting tot het oproepen van oproepkrachten is, indien er werk beschikbaar is en het contract die verplichting meebrengt (HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264). In de lagere rechtspraak wordt doorgaans wel uitgegaan van een verplichting tot tewerkstelling, behoudens redelijke gronden om de werknemer niet toe te laten. Vgl. Bouwens en Duk 2008, p. 65.

financiële gevolgen van arbeidsgerelateerde ongevallen is door de rechter bovendien nog verder uitgebreid op grond van het goed werkgeverschap, voor situaties waarin de zeggenschap van de werkgever ontbreekt of het geval anderszins niet valt binnen de werkingssfeer van art. 7:658 BW.

Ook bij een vordering tot nakoming verkeert de werknemer in een relatief gunstige positie als het gaat om loon. Andersom kan de werkgever zelden nakoming afdwingen. In ieder geval kan dat niet als het gaat om de verplichting de bedongen arbeid te verrichten. Wel mogelijk is het dreigen met sancties als verval van loon en ontslag.

9.6 Loon zonder arbeid

9.6.1 Inleiding

De werknemer die niet werkt heeft volgens art. 7:627 BW geen recht op loon. Volgens art. 7:628 lid 1 BW behoudt de werknemer echter het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Geparafraseerd geeft dit de volgende risicoverdeling.²⁰² De werknemer heeft recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon als de oorzaak van het niet verrichten van arbeid aan de werkgever toegerekend kan worden. Kan dat niet, dan heeft hij geen recht op loon. Deze risicoverdeling komt in grote lijnen overeen met de risicoverdeling in het algemene contractenrecht.²⁰³

Het op toerekenbare gronden niet laten verrichten van arbeid kan benoemd worden als schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW e.v.). Van schuldeisersverzuim kan sprake zijn als de afwikkeling van de verbintenis niet mogelijk is zonder meewerking van de schuldeiser. De meewerking van de schuldeiser kan, maar hoeft niet contractueel verplicht te zijn.²⁰⁴ De regeling van art. 7:628 BW wordt wel aangemerkt als een regeling van schuldeisersverzuim, omdat het verrichten van arbeid een prestatie is van de werknemer, die niet zonder meewerking van de werkgever nagekomen kan worden.²⁰⁵ De schuldeiser in verzuim van een wederkerige overeenkomst blijft zijnerzijds tot nakoming gehouden van zijn prestaties, ook al verricht de wederpartij door toedoen van de schuldeiser zijn prestatie niet.²⁰⁶ Hij kan zich van nakoming

202 Sinds 1973 staat vast dat deze twee artikelen niet tot elkaar in verhouding staan als die van een hoofdregel tot een uitzondering. Ze moeten als gezamenlijke risicoregeling worden beschouwd. Zie HR 10 november 1972, *NJ* 1973, 60 m.nt. Scholten (*Meijer/De Schelde*).

203 Vgl. Van Slooten 1999, p. 201.

204 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nrs. 291-292. Zie hierover par. 8.2.3.

205 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 307. Van Slooten 1999, p. 193.

206 HR 8 november 1918, *NJ* 1918, 1242 ('er is een beginsel bij wederkerige overeenkomsten dat enerzijds de schuldeiser als regel niet verplicht is de hem verschuldigde prestatie aan ten nemen, doch anderzijds zijn weigering haar aan te nemen zijn verbintenis tot het verrichten van de tegenprestatie onverlet laat'); HR 17 juni 1949, *NJ* 1949, 544 (*AKU/Stalen Steiger*, alleen bij toerekenbaar verzuim, niet bij overmacht). Vgl. Van Slooten 1999, p. 188.

niet door ontbinding of opschorting bevrijden.²⁰⁷ Dat betekent dus dat hij de overeengekomen vergoeding (het loon) moet betalen, ook al wordt de arbeid niet verricht. Art. 7:628 BW wordt als gezegd gezien als een voorbeeld van deze verplichting.²⁰⁸ Dat kan worden gerechtvaardigd door te wijzen op een aantal overeenkomsten tussen deze twee figuren.

Zowel bij schuldeisersverzuim in het gewone contractenrecht als in 7:628 BW geldt, dat als de verhindering tot meewerking de schuldeiser niet kan worden toegeerekend, de verplichting tot loonbetaling niet bestaat. Voorts kan in beide gevallen in aftrek worden gebracht, hetgeen de wederpartij door het niet verrichten van zijn prestatie (de arbeid) heeft bespaard (art. 7:628 BW en art. 6:78 BW). Aangenomen wordt, dat voor het intreden van schuldeisersverzuim, de schuldenaar tot de prestatie in staat en gereed moet zijn, althans voor zover dat zonder de medewerking van de schuldeiser mogelijk was. Het moet uitsluitend aan de schuldeiser liggen, dat de prestatie niet verricht kan worden.²⁰⁹ Een dergelijke 'bereidheidseis' was in het oude BW met zoveel woorden opgenomen voor de werknemer in art. 1638d BW, en wordt in beginsel ook aangenomen voor art. 7:628 BW.²¹⁰ In beide gevallen kan de bereidheidseis echter worden gerelativeerd, waarover onder meer. Ten slotte is de regeling van schuldeisersverzuim van regeland recht. Ook van art. 7:628 BW kan ten nadele van de werknemer worden afgeweken, zij het slechts schriftelijk, en met de beperking dat het na de eerste zes maanden van de overeenkomst alleen middels een collectieve arbeidsovereenkomst kan. De risicoverdeling van art. 7:628 BW komt dus in grote lijnen overeen met de risicoverdeling in het algemene contractenrecht. Er zijn echter ook verschillen. De vraag in het navolgende is, in hoeverre die verschillen resulteren in verhoogde bescherming van de werknemer, in het bijzonder voor wat betreft oorzaken voor het niet verrichten van arbeid die te wijten zijn aan zijn persoonlijke omstandigheden.

9.6.2 De risicoregeling

Een verschil tussen de regeling van schuldeisersverzuim in het algemene contractenrecht en de zogeheten risicoregeling van art. 7:628 BW in het arbeidsrecht, is dat in het eerste geval de wederpartij van een tekortkomende partij pas voorgoed bevrijd is van zijn eigen verplichting, door de overeenkomst (eventueel gedeeltelijk) te ontbinden.²¹¹ Bij een tekortkoming van de werknemer, bestaande uit het niet verrichten van arbeid, hoeft de werkgever niet eerst (gedeeltelijk) te ontbinden om te ontkomen aan de verplichting loon te betalen, omdat art. 7:627 BW het recht op

207 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), no. 305, zie voor verwijzing naar de arbeidsovereenkomst (7:628 BW) no. 307. Geen opschorting: vgl. art. 6:54 sub a BW. Geen ontbinding op grond van art. 6:266 lid 1 BW.

208 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), no. 307.

209 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 294; Parl. Gesch. Boek 6, p. 224.

210 Volgens de parlementaire geschiedenis van art. 7:628 is met de omzetting van dit artikel naar het nieuwe BW op dit punt geen wijziging beoogd. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 25. Bouwens en Duk 2008, p. 95.

211 Vgl. par. 8.2.2 en Bouwens en Duk 2008, p. 88; Van Slooten 1999, p. 178.

loon automatisch uitsluit (behoudens art. 7:628 BW). Dit voordeel voor de werkgever heeft vooral praktische waarde.²¹²

Het belangrijkste verschil is gelegen in het bereik van het beroep op schuldeisers-overmacht en de betekenis van het vereiste dat de debiteur 'in staat en bereid' moet zijn om de prestatie te verrichten. Door de Hoge Raad is daarvoor in het arbeidsrecht een bepaalde 'toerekeningstechniek' toegepast, die ook wel de 'risicoregeling' wordt genoemd.²¹³

Als de schuldenaar niet kan presteren, dan moet volgens het algemene contractenrecht eerst bekeken worden of het niet-presteren gekwalificeerd moet worden als een tekortkoming van de schuldenaar (debiteursverzuim), of als verzuim van de schuldeiser (crediteursverzuim). Heeft één van beide schuld aan het niet-presteren, dan is de keuze gemakkelijk. Ook bij gebreke van schuld hoeft de keuze tussen tekortkoming van de schuldenaar of verzuim van de schuldeiser geen problemen op te leveren, bijvoorbeeld omdat de oorzaak zich duidelijk in de eigen sfeer van één van beide partijen voordeed. Het kan echter voorkomen dat moeilijk op een feitelijke manier valt uit te maken aan wie de oorzaak kan worden toegerekend. De oorzaak van het niet-presteren kan soms bijvoorbeeld in verband gebracht worden met beide partijen. Dat is vermoedelijk vaker het geval bij de arbeidsovereenkomst, waar de eigen sferen van partijen immers niet duidelijk gescheiden zijn. Dit probleem wordt in het arbeidsrecht opgelost door de toepassing van een vergelijkingstechniek, ook wel genoemd de 'risicoregeling'. De risicoregeling is geformuleerd in een aantal uitspraken over de gevolgen van een staking voor werkwilligen.²¹⁴ De moeilijkheid was hier dat de oorzaak voor het niet-werken aan beide partijen kon worden toegerekend, zij het mogelijk niet aan beide evenveel. In het *De Schelde/Meijers*-arrest overwoog de Hoge Raad:

'dat een redelijke toepassing van de artikelen 1638b en 1638d meebrengt dat de arbeider zijn aanspraak op loon behoudt indien de bedongen arbeid – buiten schuld van partijen – niet gebruikt kan worden, ten gevolge van een omstandigheid die in de verhouding tussen de partijen meer in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf ligt dan in die van de arbeider.'

De oplossing voor de problemen bij toerekening wordt volgens deze formule derhalve bereikt door een vergelijking van 'risicosferen'. De vraag is geworden in wiens risicosfeer een bepaalde oorzaak 'het meest' gelegd kan worden. De regel is gecodificeerd in 1998. Nadien is de risicoregeling door de Hoge Raad ook van toepassing verklaard op de vraag in hoeverre de (voortdurende) bereidheid van de

212 Mede vanwege de samenhang met het ontslagrecht: ontbinding is ook bij een tekortkoming van de werknemer niet zonder meer mogelijk in het arbeidsrecht, zie par. 9.5.

213 Van Slooten 1999, p. 191.

214 HR 10 november 1972, NJ 1973, 60 m.nt. Scholten (*Meijers/De Schelde I*); HR 21 december 1973, NJ 1974, 142 (*De Schelde II*), HR 7 mei 1976, NJ 1977, 55 m.nt. Scholten (*Wielemaker/De Schelde III*). Een staker heeft in beginsel zelf 'schuld' aan het niet-presteren en heeft derhalve geen recht op loon. Zie o.a. HR 6 november 1992, NJ 1993, 25.

werknemer om te komen werken, voorwaarde is voor de voortdurende van het recht op loon. Zoals vermeld geldt voor de schuldenaar die zich op schuldeisersverzuim beroept een bereidheidseis. Het moet uitsluitend aan de schuldeiser liggen, dat de prestatie niet verricht kan worden, en daarom dient hij in ieder geval zijnerzijds bereid te zijn de prestatie te verrichten (zie par. 8.2.2). Deze bereidheidseis was zoals gezegd ook in het oude BW met zoveel woorden opgenomen in art. 1638d BW, en werd door de Hoge Raad in beginsel gehandhaafd.²¹⁵ De Hoge Raad gaf echter op diverse punten blijk van relativering van de bereidheidseis.²¹⁶ In 2003 heeft de Hoge Raad met zoveel woorden overwogen dat de bereidheid van de werknemer in beginsel nog steeds als voorwaarde geldt voor het recht op loon, maar dat ondanks het ontbreken van bereidheid toch aanspraak op loon kan bestaan, indien de arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.²¹⁷

De risicoregeling is uiteraard niet alleen een oplossing voor een technisch probleem, namelijk het feit dat oorzaken voor niet-werken soms aan beide partijen toegerekend kunnen worden. Het is ook een voorbeeld van het gegeven dat de Hoge Raad in het arbeidsrecht soms een belangenafweging maakt, die afwijkt van de gebruikelijke regels in het algemene contractenrecht. De essentie van de risicoregeling is mijns inziens dan ook het feit dat rechtstreeks een billijkheidsoordeel kan worden geveld over de vraag, of het risico van niet-werken voor de werkgever of voor de werknemer moet komen. De vraag of er bij niet-werken sprake is van crediteursverzuim of debiteursverzuim, kan in de risicoregeling worden overgeslagen, net als de vraag of er al dan niet sprake is van overmacht van de crediteur/werkgever. Aanknopingspunten die in het algemene contractenrecht een rol spelen voor de keuze tussen crediteursverzuim of debiteursverzuim en tussen toerekening of overmacht kunnen wel een rol blijven spelen, maar hoeven niet doorslaggevend te zijn. Voorbeelden van dergelijke aanknopingspunten zijn fysieke of morele onmogelijkheid waardoor men niet meer tot presteren in staat is, de voorzienbaarheid van die situatie, de vraag of een omstandigheid in de 'zelf gecreëerde situatie' van een schuldeiser of schuldenaar moet worden geplaatst, en de vraag op wiens initiatief niet wordt gewerkt. Deze aanknopingspunten zijn bij de toepassing van de risicoregeling niet meer dan dat. Ze kunnen niet als constitutieve voorwaarden worden beschouwd en kunnen dan ook in voorkomende gevallen geheel worden losgelaten,

215 Bv. HR 1 februari 1952, *NJ* 1953, 603; HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 273.

216 Al in 1962 bepaalde de Hoge Raad dat van bereidheid ook sprake is ingeval de werknemer die ten gevolge van een aan de werkgever toe te rekenen oorzaak de bedongen arbeid niet kan verrichten, bereid is de arbeid te hervatten zodra het daarvoor bestaande beletsel zal zijn opgeheven. HR 12 januari 1962, *NJ* 1962, 275 m.nt. JHB (*Van Swaay/Bronstring*, werkweigering in Indonesië wegens door werkgever gecreëerd gevaar). Ook valt een relativering af te leiden uit het feit dat volgens de Hoge Raad de enkele omstandigheid, dat de werknemer elders werkzaam is, niet de afwezigheid van bereidheid bewijst (HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 207); daarvoor is voorts niet voldoende, dat hij in zijn nieuwe overeenkomst heeft nagelaten te bedingen, dat hij op eerste afroep weer bij zijn oude werkgever aan de slag kan. Toch kan onder omstandigheden uit het aanvaarden van een nieuwe werkkring wel worden afgeleid dat de bereidheid niet langer aanwezig is (HR 13 december 1985, *NJ* 1986, 293).

217 HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 269 (*Hema/P II*).

zoals in de derde *De Schelde* uitspraak expliciet gebeurde voor georganiseerde stakingen (zie hierna).²¹⁸

In de literatuur en ook door de wetgever is aan de vergelijkingstechniek de conclusie verbonden, dat het begrip overmacht aan de zijde van de werkgever smaller is geworden, in de zin dat minder oorzaken als overmacht voor de werkgever zullen worden aangemerkt dan in het gewone contractenrecht.²¹⁹ Die conclusie is op zichzelf terecht. De vergelijkingstechniek brengt immers mee, dat bij toerekening aan de werkgever, de kans om zich van die toerekening vrij te pleiten door een succesvol beroep op overmacht, is weggenomen.²²⁰ De vergelijking zelf kan echter net zo goed in het voordeel van de werkgever uit vallen als in het voordeel van de werknemer. De vraag rijst derhalve, welke toepassing de Hoge Raad geeft aan de risicoregeling.²²¹ In het kader van dit onderzoek is daarbij vooral relevant, de vraag in hoeverre de Hoge Raad de risicoregeling heeft toegepast in afwijking van de gewone regeling van het schuldeisersverzuim, ten gunste van de bescherming van de persoonlijke belangen van de werknemer.

9.6.3 Toepassing van de risicoregeling

De toepassing van de risicoregeling in plaats van de aanknopingspunten in het algemene contractenrecht werkt in veel gevallen inderdaad relatief gunstig voor de werknemer.

Er zijn weliswaar geen voorbeelden in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin de niet-werkende werknemer recht heeft op loon vanwege het enkele feit dat hij in moeilijke persoonlijke omstandigheden verkeert. Dergelijke voorbeelden geeft de wet wel, zoals is gebleken uit hoofdstuk 3 en 4 (met name par. 4.5.2). Voorwaarde voor een recht op loon op grond van art. 7:628 BW blijft dat een oorzaak voor het niet-werken toe te rekenen valt aan de werkgever. Aan de toerekening van oorzaken aan de werkgever worden echter verhoudingsgewijs niet al te hoge eisen gesteld. Voldoende voor die toerekening is bijvoorbeeld dat de werkgever zelf aangeeft de werknemer niet toe te laten tot het werk, ook al is de aanleiding daartoe aan de werknemer te verwijten.²²² Ook kan onder voorwaarden voldoende zijn dat de werkgever een verwijt valt te maken van een verstoorde arbeidsverhouding,

218 Dit loslaten van de gewone aanknopingspunten voor risicoverdeling levert uiteraard rechts-onzekerheid op. Van Slooten 1999, p. 262 stelt voor om dit te verminderen door de risicoregeling in te vullen met behulp van de aanknopingspunten in art. 6:75 BW. Dit miskent mijns inziens dat de Hoge Raad hier in de risicoregeling nu juist van af is gestapt.

219 Van Slooten 1999, p. 198 en 199; Zondag 2008; *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 25.

220 Vgl. Van Slooten 1999, p. 191.

221 In de literatuur zijn verschillende voorstellen gedaan voor de invulling van de risicoregeling. Bv. Van Slooten 1999; Zondag 2001; Bouwens en Duk 2008, p. 94. Mijn bespreking blijft beperkt tot de rechtspraak van de Hoge Raad.

222 Uit 1925 dateert al de opvatting van de Hoge Raad, dat door schorsing de werkgever wegens zijn 'schuld' geen gebruik maakt van de arbeid van de werknemer, en derhalve loon verschuldigd is: HR 20 november 1925, NJ 1926, p. 166 (*Paleis voor Volksvlijt/Roemer*). Bevestigd in HR 21 maart 2003, JAR 2003/91 (*Van der Gulik/Visser*).

terwijl de werknemer vervolgens zelf het initiatief heeft genomen om thuis te blijven en niet ziek is.²²³

In de uitspraak *Van Haaren/Cehave* was de toerekening van een oorzaak aan de werkgever zelfs niet meer dan een openlijke 'juridische fictie', dat wil zeggen een constructie om een bepaald wenselijk geacht rechtsgevolg te doen intreden. Dit betrof een geval van een langdurig zieke werknemer die zijn eigen werk niet meer kon verrichten, maar aan de werkgever had aangeboden om een deel van zijn arbeid te verrichten. Volgens de Hoge Raad kan een dergelijk aanbod worden gekwalificeerd als een aanbod van bedongen arbeid in de zin van art. 1638d BW (thans art. 7:628 BW). Het niet aanvaarden hiervan kan aan de werkgever worden toegerekend.²²⁴ Hetzelfde gold, naar analogie op grond van art. 1637z BW (thans 7:611 BW), voor een aanbod om andere, passende arbeid te verrichten. Deze uitspraak en daarop voortbordurende jurisprudentie, vormen van alle in dit hoofdstuk behandelde jurisprudentie het duidelijkste voorbeeld van een belangenafweging door de Hoge Raad, waarin de bescherming van de persoonlijke belangen van de werknemer de doorslag geeft ten nadele van de belangen van de werkgever bij de optimale inrichting van zijn onderneming. De Hoge Raad maakte deze afweging in het arrest *Van Haaren/Cehave* vrij openlijk, en verwees ter rechtvaardiging van deze nieuwe regel naar ontwikkelingen in de wetgeving (r.o 3.3, zie par. 9.3.3). Inmiddels zijn deze regels (min of meer) gecodificeerd in art. 7:658a BW.²²⁵

De toepassing van de risicoregeling in plaats van de aanknopingspunten in het algemene contractenrecht werkt echter niet altijd ten gunste van de werknemer. Soms valt de billijkheidsafweging ten gunste van de werkgever uit, zoals in het geval van werkwilligen bij georganiseerde staking.²²⁶ De stakings-uitspraken waren destijds weliswaar een uitbreiding ten opzichte van de risico's die tot dan toe volgens art. 1638d BW aan de werkgever werden toegerekend.²²⁷ Ten opzichte van het algemene contractenrecht waren de in het derde stakings-arrest gegeven toerekeningsregels echter nog steeds voordelig voor de werkgever.²²⁸ Aanknopingspunt voor

223 HR 27 juni 2008, *JAR* 2008/188 (*Mak/SGBO*), r.o. 3.5.2 en 3.5.3. Deze situatie wordt aangemerkt als 'situatieve arbeidsongeschiktheid'. Er geldt nog een aantal aanvullende voorwaarden. Zo dient de werknemer in beginsel alle medewerking te verlenen aan inspanningen die erop gericht zijn de oorzaken weg te nemen.

224 HR 8 november 1985, *NJ* 1886, 309 (*Van Haaren/Cehave*).

225 Sinds de Wet Verbetering Poortwachter. Vgl. Roozendaal 2002. De wettelijke regeling wijkt op onderdelen af van de rechtspraak van de Hoge Raad.

226 HR 7 mei 1976, *NJ* 1977, 55 m.nt. Scholten (*Wielemaker/De Schelde III*).

227 Vgl. Van Slooten 1999, p. 182 e.v. Toerekening van risico's aan de werkgever was in ieder geval tot 1962 zeer beperkt. Volgens de tekst van artikel 1638d werden buiten schuld alleen toegerekend aan de werkgever de 'hem persoonlijk betreffende, toevallige' omstandigheden, hetgeen volgens de parlementaire geschiedenis eng moest worden uitgelegd. Als voorbeeld van overmacht werd expliciet genoemd de staking waardoor werkwilligen niet aan de slag kunnen (Bles III, p. 11; zie HR 18 december 1953, *NJ* 1954, 444 en HR 10 juni 1955, *NJ* 1955, 561).

228 Volgens de gewone toerekeningsregels komen oorzaken voor niet-nakoming voor rekening van de partij in wiens 'zelf gecreëerde situatie' die risico's zich voordoen. Staking zou volgens die regels een normaal bedrijfsrisico van de werkgever zijn. Volgens art. 6:76 BW komen de gedragingen van hulppersonen zelfs voor rekening van de schuldenaar die deze heeft ingeschakeld, en dat geldt ook bij staking. Vgl. Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), no. 349.

de risicoverdeling bij staking was volgens dit arrest onder andere de vraag, in hoeverre de staking al dan niet door erkende vakbonden werd georganiseerd. Was dat het geval, dan was een collectieve afweging op zijn plaats en was het risico voor de werkwillige werknemers. De Hoge Raad motiveerde deze risicoverdeling door een verwijzing naar het gewenste evenwicht in het systeem van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en de inbedding van dit systeem in het sociale zekerheidsrecht.²²⁹ Deze uitspraak is wel aangemerkt als voorbeeld van een 'verschuiving van de rechtsvinding vanuit het individuele arbeidscontract naar de daarbij betrokken maatschappelijke groeperingen'.²³⁰

Een ander belangrijk voorbeeld van een voor de werknemer ongunstige uitleg van art. 7:628 BW, is het geval van een wijzigingsvoorstel van de werkgever. Als de werkgever wegens gewijzigde omstandigheden op het werk, de werknemer niet langer de gelegenheid biedt de bedongen arbeid te verrichten, maar hij biedt de werknemer in plaats daarvan andere arbeid aan, dan kan onder omstandigheden van de werknemer gevergd worden te overleggen over dat aanbod of zelfs dat aanbod te aanvaarden, bij gebreke waarvan de werknemer geen recht heeft op loon op grond van art. 7:628 BW.²³¹ Daarvoor maakt het niet uit of de gewijzigde omstandigheden al dan niet in de eigen risicosfeer van de werkgever vallen. Dit resultaat is ook een afwijking van het algemene contractenrecht, althans voor zover de gewijzigde omstandigheden 'eigenlijk' in de risicosfeer van de werkgever liggen.²³² Ook hier heeft de Hoge Raad het ontbreken van een recht op doorbetaling van loon gebaseerd op een van het gewone contractenrecht afwijkende billijkheidsafweging, ditmaal ten gunste van de werkgever. In dit geval heeft de Hoge Raad geen specifieke overweging gewijd aan de rechtvaardiging van deze regel.

Wat betreft de toepassing van de risicoregeling op de bereidheidseis, kan voorts geconcludeerd worden dat deze vooral een praktische oplossing vormt voor situaties waarin de overeenkomst juridisch gezien nog voortduurt, terwijl de samenwerking tussen partijen feitelijk als beëindigd te beschouwen is. Dat kan het geval zijn bij een

229 De Hoge Raad maakte gebruik van een schaal met twee uiteinden, met aan de ene kant een de georganiseerde staking en aan de andere kant de 'wilde' staking. Tussengevallen waren denkbaar. In het geval van de wilde staking waren algemene belangen volgens de Hoge Raad niet in het geding, en moest de risicoverdeling (zoals gebruikelijk) op grond van de individuele omstandigheden van de betrokken werknemer worden beoordeeld. Nadien zijn onder de stakingsvormen die aan de collectiviteit van werknemers wordt toegerekend nog toegevoegd bijzondere vormen van actievoeren zoals stiptheidsacties. Zie HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS).

230 Dommering 1982, p. 11.

231 De heren Van der Lely en Stoof verrichten de bedongen arbeid niet, omdat deze niet meer werd aangeboden door de werkgever. In beide gevallen werd hun beroep op doorbetaling van loon op grond van art. 7:628 BW afgewezen. Andere gevolgen zijn de invloed op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag (*Guitoneau/Midnet Tax*). Het gevolg is vermoedelijk niet, dat de aangeboden passende arbeid wordt aangemerkt als de arbeid die voortaan als de overeengekomen arbeid moet gelden. Zie Bouwens en Roozendaal 2010.

232 Bij de gewone regeling van schuldeisersverzuim zou deze reden voor niet-werken aan de schuldeiser toegerekend worden, en aldus zou de verplichting tot betaling van loon onverkort gelden. Het feit dat een aanbod is gedaan om andere arbeid te verrichten, zou daaraan geen afbreuk kunnen doen, omdat in het algemene verbintenissenrecht in beginsel geen verplichting bestaat om een aanbod tot wijziging van een overeenkomst te aanvaarden (zie par. 8.2.5).

nietig gebleken ontslag. In een dergelijk geval was het volgens de Hoge Raad mogelijk de risicoregeling ten gunste van de werknemer te laten uitvallen ondanks het ontbreken van bereidheid van de werknemer, nu vast stond dat de werkgever de werknemer niet meer in de gelegenheid wilde stellen om de arbeid te hervatten.²³³ Deze uitkomst werkt gunstig voor de werknemer, die zich immers niet meer steeds bereid hoeft te verklaren de arbeid te verrichten, en toch recht heeft op loon. Is het wel aannemelijk dat partijen nog kunnen samenwerken, dan moet de werknemer zijn bereidheid nog steeds laten blijken.²³⁴ Dat werd bijvoorbeeld onvoldoende gedaan in het geval van de werknemer, die na herstel van arbeidsongeschiktheid, zijn werkzaamheden opschortte totdat de werkplek was aangepast aan zijn behoeftes.²³⁵

Ten slotte moet gewezen worden op de mogelijkheid die de rechter heeft om het loon op grond van art. 7:628 BW te matigen, in het geval de vordering gegrond is op een nietig ontslag. De Hoge Raad heeft onder het oude recht aangenomen dat de rechter een loonvordering op deze grondslag kan matigen naar analogie van de matigingsmogelijkheid in art. 1639r lid 5 (thans art. 7:680 lid 5 BW). Deze mogelijkheid is in de Wet flexibiliteit en zekerheid gecodificeerd in art. 7:680a BW.²³⁶ De rechter moet van de matigingsbevoegdheid terughoudend gebruik maken.²³⁷ De beslissing al dan niet te matigen wordt wel aangemerkt als een redelijkheidsafwijking²³⁸ waarbij omstandigheden en belangen aan beide kanten een rol kunnen spelen.²³⁹ Het matigen van een loonvordering komt uiteraard ten goede aan de werkgever. Deze mogelijkheid kan derhalve aangemerkt worden als een afwijking van het gewone contractenrecht ten gunste van de werkgever.

9.6.4 Conclusie

De risicoregeling in art. 7:628 BW wijkt af van de uitleg van het leerstuk schuldeisersverzuim in het algemene contractenrecht, omdat er niet per se wordt aangeknoopt bij de daarbij gebruikelijke elementen als de keuze tussen schuldeisersverzuim en schuldenaarsverzuim, overmacht, etc. De toepassing van de risicoregeling in plaats van de aanknopingspunten in het algemene contractenrecht werkt in veel gevallen relatief gunstig voor de werknemer. Voorwaarde voor

233 HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 269 (*Hema/P II*).

234 Bv. HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 237 (zieke werknemer gaat in beroep tegen hersteldverklaring, verklaart zich niet bereid, geen recht op loon).

235 HR 3 maart 1995, *JAR* 1995/79 (*Zwiers/Mestemaker*).

236 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300. In art. 7:680a BW is de bevoegdheid beperkt tot het op in geld vastgestelde loon voor drie maanden, of voor de duur van de opzegtermijn als die langer is.

237 Zie na die codificatie HR 13 september 2002, *NJ* 2002, 496 en HR 26 maart 2004, *NJ* 2004, 322. Art. 7:680a geeft de rechter geen matigingsbevoegdheid in het geval waarin de loonvordering niet samenhangt met de vernietiging van een opzegging. In dat geval kan de werkgever nog wel verlangen om de loonvordering op grond van art. 6:248 lid 2 BW te matigen. HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/205 (*Fianed*).

238 Bouwens en Duk 2008, p. 101.

239 De rechter is bij het gebruik van zijn matigingsbevoegdheid gehouden alle bijzonderheden van het geval in aanmerking te nemen; bijvoorbeeld de vraag of de werknemer zich voldoende heeft ingespannen om ander werk te vinden (HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 264) of een wanverhouding tussen de periode dat de werknemer heeft gewerkt ten opzichte van de periode dat loon moet worden doorbetaald (HR 3 januari 1986, *NJ* 1986, 700).

een recht op loon blijft weliswaar doorgaans dat er een oorzaak voor het niet-werken toe te rekenen valt aan de werkgever. Aan deze toerekening worden echter verhoudingsgewijs niet al te hoge eisen gesteld. De meest gunstige toepassing van de regel is het geval van de zieke werknemer die passende arbeid aanbiedt. De toepassing van de risicoregeling in plaats van de aanknopingspunten in het algemene contractenrecht werkt echter niet altijd ten gunste van de werknemer. Soms valt de billijkheidsafweging ten gunste van de werkgever uit, zoals in het geval van werkwilligen bij georganiseerde staking, en in het geval van het niet verrichten van bedongen arbeid terwijl andere, passende arbeid is aangeboden. Bovendien kan de loonvordering in het geval van een nietig ontslag worden gematigd ten gunste van de werkgever.

9.7 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst

9.7.1 Inleiding

Ontslagbescherming is vermoedelijk de belangrijkste bescherming van werknemers. Ontslagbescherming zorgt ervoor dat een werknemer niet met de angst hoeft te leven dat hij plotseling zijn inkomen, dagbesteding en loopbaanvooruitzichten kan verliezen. Ontslagbescherming kan bovendien een belangrijke handhavingsfunctie hebben. Het eisen van nakoming van wettelijke werknemersbescherming zal vermoedelijk veelal door werknemers worden vermeden als dat kan leiden tot ontslag. Beperking aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst beschermt derhalve de persoonlijke belangen van werknemers. Ontslagbescherming is daarmee doorgaans niet in het belang van werkgevers. Het zal vaak een obstakel vormen in de efficiënte en flexibele organisatie van de onderneming. De vraag rijst, hoe in het Nederlandse ontslagrecht deze belangen tegen elkaar worden afgewogen, en in hoeverre dit afwijkt van het systeem van beëindiging van overeenkomsten in het algemene contractenrecht.

In het navolgende wordt eerst in vogelvlucht het systeem van beëindiging in het algemene contractenrecht vergeleken met het systeem in het arbeidsrecht. Daarna wordt nader onderzocht, in hoeverre de werkgever bij ontslag van de werknemer verplicht is rekening te houden met persoonlijke omstandigheden of persoonlijke belangen van de werknemer. De systemen blijken op hoofdlijnen veel overeenkomsten te vertonen. De verschillen zijn echter toch groot, onder andere omdat persoonlijke omstandigheden een andere rol spelen bij arbeidsrechtelijk ontslag dan bij de beëindiging van een overeenkomst in het algemene contractenrecht.

9.7.2 Beëindiging in vogelvlucht

De wijzen van beëindiging op initiatief van een van beide partijen van de 'gewone' (duur)overeenkomst zijn de buitengerechtelijke ontbinding bij een tekortkoming, de

ontbinding door de rechter bij verandering van omstandigheden, en de opzegging.²⁴⁰ De wijzen van beëindiging van een arbeidsovereenkomst op initiatief van een van beide partijen zijn het onverwijld ontslag, meestal aangeduid als ontslag op staande voet, de 'gewone' opzegging, en het verzoek aan de rechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Hierna worden deze figuren voornamelijk vergeleken voor de situatie dat de werkgever streeft naar beëindiging van de overeenkomst, tenzij anders aangegeven.

Ontslag op staande voet

De buitengerechtelijke ontbinding bij tekortkoming valt te vergelijken met het ontslag op staande voet (art. 7:678 BW). Beide vormen van beëindiging kunnen leiden tot een onmiddellijk einde van de overeenkomst zonder inachtneming van een opzegtermijn. Volgens art. 7:678 BW is ieder der partijen bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, onder gelijktijdige mededeling van de reden aan de wederpartij. Het is, net als bij de ontbinding bij tekortkoming, niet nodig dat de dringende reden verwijtbaar was. Ook als de dringende reden de werknemer niet kan worden verweten, kan hij leiden tot een geldig ontslag.²⁴¹ Er moet echter wel sprake zijn van een tekortkoming van de werknemer.²⁴² Zoals hiervoor besproken heeft de partij die ontbindt wegens tekortkoming in het gewone contractenrecht alleen recht op schadevergoeding als die tekortkoming toerekenbaar is. Bij het ontslag op staande voet is die schadeplichtigheid vergelijkbaar. De partij die door opzet of schuld aan de wederpartij een dringende reden heeft gegeven, is schadeplichtig (art. 7:677 lid 3 BW). De partij aan wie de dringende reden niet te verwijten viel, bijvoorbeeld wegens overmacht, is derhalve niet schadeplichtig.²⁴³

Ondanks deze oppervlakkige overeenkomsten, zijn er belangrijke verschillen tussen de buitengerechtelijke ontbinding bij een tekortkoming, en ontslag op staande voet.

Een eerste verschil is dat er andere 'formele' eisen worden gesteld aan de geldigheid van ontslagen. Bijvoorbeeld bij een ontslag op staande voet worden er eisen gesteld aan de onverwijldheid van het ontslag en de mededeling van de dringende reden.²⁴⁴ De ratio hiervan kan onder andere gezocht worden in de rechtszekerheid voor de werknemer: als zich een incident heeft voorgedaan, heeft hij er belang bij snel te

240 Beëindiging met onderlinge overeenstemming, alsmede beëindiging door het overlijden of het faillissement van één van beide partijen, komt hier verder niet aan de orde.

241 HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 549 (*NS/Choaibi*, gooien van stoel naar Arbo-arts).

242 Vgl. in het algemene verbintenissenrecht het verschil tussen een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) en een niet-toerekenbare tekortkoming (overmacht). Dat er minstens sprake moet zijn van een tekortkoming ook al is deze niet toe te rekenen, leid ik af uit de voorwaarde dat de dringende reden aan de wederpartij toe te rekenen moet zijn. Bouwens en Duk 2008, hoofdstuk 28 par. 2; HR 19 juni 1951, *NJ* 1952, 44 (druk van derden om werknemer te ontslaan levert geen dringende reden op).

243 Door deze bepaling is verder niet relevant de vraag of er sprake was van wanprestatie (toerekenbare tekortkoming). Die vraag wordt in het kader van ontslag op staande voet dan ook nooit gesteld. Vgl. Bouwens en Duk 2008, hoofdstuk 28 par. 2.

244 Dit heeft geleid tot relatief veel rechtspraak, waarin deze eisen zijn aangescherpt. Bouwens en Duk 2008, hoofdstuk 28 par. 2.

weten waar hij aan toe is. Het belang van de werkgever bij zorgvuldige besluitvorming speelt bij de uitleg van de onverwijldheid echter ook een rol. Ook worden aan de opzegging in het algemeen (dus niet alleen bij ontslag op staande voet) door de werknemer meer 'formele' eisen gesteld dan aan de opzegging door de werkgever. Hoewel de opzeggingshandeling in beginsel vormvrij is, en ook in gedragingen besloten kan liggen,²⁴⁵ mag de werkgever uit oogpunt van werknemersbescherming niet snel aannemen dat de werknemer de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. De Hoge Raad heeft bepaald dat voor opzegging door de werknemer een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring is vereist.²⁴⁶

Een tweede verschil tussen beide wijzen van beëindiging is voorts, enerzijds, de vraag welke tekortkoming de ontbinding van een gewone overeenkomst rechtvaardigt, en anderzijds welke dringende reden de onverwijldde opzegging rechtvaardigt. Zoals vermeld dient de tekortkoming de ontbinding te rechtvaardigen (art. 6:265 lid 1 BW), maar aan deze restrictie wordt in het algemene contractenrecht een zeer beperkte toepassing gegeven (zie par. 8.2.2). Een relatief geringe tekortkoming zal al snel de ontbinding rechtvaardigen. De belangen van de tekortschietende partij spelen niet of nauwelijks een rol bij de vraag, of de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt. Dat is anders bij de opzegging wegens een dringende reden in het arbeidsrecht. Bij de vraag of de werkgever²⁴⁷ geldig kon opzeggen wegens een dringende reden, dienen vele aspecten te worden meegewogen. Daarbij dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.²⁴⁸ De enkele overtreding van een bepaalde tussen partijen geldende regel zal dus niet als zodanig automatisch een geldige dringende reden opleveren. In par. 9.7.5 wordt dieper ingegaan op deze toets.

Een derde verschil is dat partijen in het arbeidsrecht geen bindende afspraken kunnen maken over wat tussen hen als dringende reden te gelden heeft. Dergelijke afspraken zijn nietig, al zal de rechter er wel rekening mee houden bij de beoordeling of er sprake is van een dringende reden.²⁴⁹ Voorts zijn er ook verschillen in de schadeplichtigheid van de partij die de ander een dringende reden heeft gegeven. De schadeplichtigheid ontstaat in het arbeidsrecht alleen bij 'opzet of schuld', terwijl in het algemene contractenrecht 'toerekening' al voldoende is. De werknemer die tekort komt zal dus minder snel schadeplichtig zijn dan een debiteur bij een gewone

245 Deze uitleg van de opzeggingshandeling blijkt uit de wetgeschiedenis van titel 7.10 van boek 7 BW (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 44) en Bouwens en Duk 2008, p. 318.

246 HR 28 mei 1982, *NJ* 1983, 2, bevestigd in HR 10 juni 2005, *JAR* 2005/157 (*Grillroom Ramses*), met verwijzing naar wetgeschiedenis. Zie Bouwens en Duk 2008, p. 319.

247 In het navolgende ga ik uit van de casus dat de werkgever de overeenkomst opzegt wegens een dringende reden. De tegenovergestelde casus leidt zelden tot gerechtelijke procedures.

248 Vgl. HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 643 m.nt. Stein (*Schrijvers/Van Essen*); HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 190; ArA 2001-2, p. 81 m.nt. Van den Heuvel (*P./Hema I*); HR 22 februari 2002, *NJ* 2003, 174 m.nt. Heerma van Voss (*Looijen/Jansen & De Kruyf*); HR 20 juni 2003, *NJ* 2003, 523 (*Wickel/Klene BV*). Niet ambtshalve: HR 27 april 2001, *NJ* 2001, 421 m.nt. Stein.

249 Zie hiervoor par. 9.2.1.

overeenkomst. Bovendien is de schadeplicht in het arbeidsrecht gestandaardiseerd.²⁵⁰ De reikwijdte van de ontbinding bij een tekortkoming is ten slotte iets ruimer. De schuldeiser die door overmacht verhinderd is de schuldenaar in staat te stellen na te komen, mag namelijk de overeenkomst ontbinden op grond van de tekortkoming van de schuldenaar (art. 6:265 BW).²⁵¹ De werkgever die door overmacht geen werk heeft voor de werknemer, heeft echter geen dringende reden voor ontslag op staande voet.

De strengere eisen bij ontslag wegens een tekortkoming, leiden ertoe dat in gevallen van tekortkoming, waarin niet aan die eisen is voldaan, de werkgever zijn toevlucht zal zoeken tot opzegging zonder dringende reden of ontbinding.

Opzegging

Opzegging van de overeenkomst heeft in het arbeidsrecht een ruimere functie dan in het algemene contractenrecht. Opzegging kan in het arbeidsrecht voorkomen op gronden die toegerekend kunnen worden aan de opzeggende partij ('bedrijfseconomische gronden') en op gronden die te maken hebben met het functioneren van de wederpartij ('persoonsgebonden gronden'). In het algemene contractenrecht komt opzegging in beginsel alleen aan de orde op gronden die toegerekend worden aan de opzeggende partij. Gronden die te maken hebben met het functioneren van de wederpartij, zullen immers al snel leiden tot buitengerechtelijke ontbinding wegens een tekortkoming.

Buiten dat zijn er in grote lijnen overeenkomsten waar te nemen tussen opzegging volgens het algemene contractenrecht en opzegging volgens boek 7 BW. Opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd is niet in de wet geregeld, zo bleek al in par. 8.3. Volgens de Hoge Raad moet een dergelijke opzegging aan de redelijkheid en billijkheid getoetst worden. In de literatuur wordt echter aangenomen dat een dergelijke toets slechts in uitzonderingsgevallen kan leiden tot de conclusie dat opzegging niet mogelijk is. Bij andere in de wet geregelde duurovereenkomsten is de opzeggingsmogelijkheid wel in de wet geregeld. Als opzegging wel mogelijk is, zal de opzeggende partij een termijn in acht moeten nemen. Doet hij dat niet, dan is de opzegging vernietigbaar. Voorts kan de opzeggende partij gehouden zijn de wederpartij een schadevergoeding toe te kennen. Die verplichting tot schadevergoeding kan ook gebaseerd worden op de persoonlijke omstandigheden van de wederpartij. De opzeggingsmogelijkheid in het arbeidsrecht is ook in de wet geregeld. Bij de opzegging moeten dwingendrechtelijke opzegtermijnen in acht worden genomen (art. 7:672 BW). Voorts bestaat er een wettelijk recht op vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag (art. 7:681 BW). Ook bij het toekennen van deze vergoeding kan rekening gehouden worden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer (zie nader par. 9.7.9). Opzeggingsmogelijkheid, opzegtermijnen, en vergoeding

250 De keuze tussen gefixeerde of volledige schadevergoeding (art. 7:677 lid 4 jo. art. 680 BW) ziet in beide gevallen alleen op een vergoeding voor niet in acht genomen opzegtermijnen.

251 Zie hierover Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*), no. 305. Alleen als het niet-meewerken aan de schuldeiser toe te rekenen is, mag dat niet, zie art. 6:266 lid 1 BW.

komen dus in het algemene contractenrecht en het arbeidsrecht in grote lijnen met elkaar overeen.

Naast overeenkomsten zijn er echter belangrijke verschillen. Al in 1907 werd een afwijkend uitgangspunt opgenomen in de regeling van de arbeidsovereenkomst voor zover het ging om de sanctie op het niet nakomen van voor opzegging geldende bepalingen. Uitgangspunt van de wetgever in 1907 was dat, in afwijking van de opzegging van duurovereenkomsten buiten het arbeidsrecht, elke opzegging van een arbeidsovereenkomst in beginsel het beoogde effect heeft. Bij de opzegging gelden weliswaar bepaalde voorschriften, zoals opzegtermijnen. Een opzegging in strijd met deze voorschriften tast de geldigheid van de opzegging echter niet aan, maar leidt slechts tot de verplichting een bedrag in geld te betalen aan de wederpartij.²⁵² Ter toelichting van dit uitgangspunt werd vermeld dat een verplichting om de overeenkomst gedwongen voort te zetten '... geheel [zou] strijden met de ten onzent heersende opvattingen. En bovendien, de praktische waarde van gedwongen nakoming zou in de meeste gevallen van arbeidsovereenkomst al zeer gering zijn'.²⁵³

Het grootste verschil tussen de opzegging in het arbeidsrecht en de opzegging van de duurovereenkomst naar huidig recht is echter een hieraan tegengesteld uitgangspunt, dat sinds 1945 is neergelegd in art. 6 BBA. Dat uitgangspunt behelst dat voor opzegging een goede reden moet zijn, bij gebreke waarvan de arbeidsovereenkomst voort moet duren.²⁵⁴ Dit uitgangspunt wordt gehandhaafd door de eis dat voor opzegging van de arbeidsovereenkomst een vergunning van het UWV moet worden verkregen, bij gebreke waarvan de opzegging vernietigbaar is (art. 6 jo. art. 9 BBA). In plaats van een repressieve toets door de rechter, bestaat er in het arbeidsrecht dus een preventieve toets bij een bestuursorgaan (thans het UWV). Het UWV toetst aan de hand van de belangen van de betrokken partijen, maar laat daarbij ook het algemeen belang tot op zekere hoogte meewegen.²⁵⁵ Voorts bevat boek 7 BW expliciete opzegverboden in specifieke situaties zoals ziekte of zwangerschap of op specifiek genoemde gronden, zoals het beroep op verlof (art. 7:670 BW, 7:646 BW, etc.). Ten slotte wijs ik op het feit, dat het bij het arbeidsrecht gaat om dwingend recht, en in het algemene contractenrecht om regelend recht.

Ontbinding

Om de eisen bij opzegging te omzeilen, kunnen partijen bij een duurovereenkomst of een arbeidsovereenkomst hun toevlucht nemen tot ontbinding wegens verandering van omstandigheden. Deze mogelijkheid van ontbinding is in de wet geregeld bij zowel gewone overeenkomsten (op grond van art. 6:258 BW) als bij arbeidsovereenkomsten (art. 7:685 BW). Ze vertonen veel overeenkomsten. Beide vormen van

²⁵² Asscher-Vonk en Bouwens 2009, p. 131.

²⁵³ Bles IV, p. 98.

²⁵⁴ Asscher-Vonk en Bouwens 2009, p. 133.

²⁵⁵ Zie over de ontwikkeling van de toepassing van het BBA en de rol van het algemeen belang o.a. Dekker 2010 en Van Leeuwen 2010.

ontbinding kunnen alleen door de rechter worden uitgesproken. De ontbindingsgrond van art. 6:258 BW kan volgens de Hoge Raad bij duurovereenkomsten even ruim uitgelegd worden als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW.²⁵⁶

Er zijn echter ook hier verschillen. De functie van de ontbinding van art. 7:685 BW is (net als bij opzegging) ruimer dan die in het algemene contractenrecht, omdat zij ook gebruikt wordt voor beëindiging wegens een tekortkoming van de werknemer, die al of niet aangemerkt kan worden als dringende reden. Een volgend verschil is de rechtszekerheid. Zoals bekend heeft de ontbinding wegens verandering van omstandigheden in het arbeidsrecht een grote vlucht genomen sinds de jaren tachtig.²⁵⁷ Vanwege de populariteit van art. 7:685 BW ontstond in de praktijk behoefte aan richtlijnen voor het vaststellen van de vergoeding. De toegekende vergoeding wordt sinds 1996 vaak berekend met behulp van de Aanbevelingen van de kring van kantonrechters. Dergelijke verfijnde regels bestaan niet bij de ontbinding op grond van art. 6:258 BW. Een ander verschil is het feit dat een ontbinding op grond van art. 7:685 BW doorgaans snel wordt afgehandeld in een verzoekschriftprocedure, waarvan nauwelijks hoger beroep mogelijk is.²⁵⁸ Vanwege de gestandaardiseerde regels en de toepasselijke procedure wordt deze arbeidsrechtelijke beëindigingsmogelijkheid derhalve gekenmerkt door meer rechtszekerheid en snelheid dan de verbintenissenrechtelijke variant. De ontbindingsvergoedingen vallen wel relatief hoog uit in vergelijking met bijvoorbeeld de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag (zie hierover par. 9.7.9).²⁵⁹

Concluderend kan gesteld worden dat de systemen van beëindiging van een gewone duurovereenkomst en een arbeidsovereenkomst in grote lijnen veel overeenkomsten vertonen. Kort gezegd is zowel bij de gewone duurovereenkomst als bij de arbeidsovereenkomst het uitgangspunt, dat de overeenkomst niet door een partij, respectievelijk de werkgever beëindigd kan worden, tenzij hij bewijst dat daar voldoende reden voor is, hetzij op grond van een tekortkoming van de wederpartij respectievelijk de werknemer, hetzij op grond van zijn eigen omstandigheden. Er zijn echter belangrijke verschillen. Bij opzegging is er in het arbeidsrecht doorgaans sprake van een preventieve toets door een overheidsorgaan. Het arbeidsrechtelijke systeem is bovendien dwingendrechtelijk geregeld. Daarom is er in vergelijking met het algemene contractenrecht sprake van een zwaardere belasting van de werkgever ten gunste van de bescherming van de werknemer. Een uitzondering geldt voor de ontbinding wegens verandering van omstandigheden. Het regime daarvoor lijkt voor de werkgever zelfs gunstiger dan in het algemene contractenrecht, behoudens wellicht de hoogte van de vergoedingen. Een derde verschil is het verschil in

256 HR 8 november 1996, NJ 1997/217 (*Sijthof/Ouwerkerk*).

257 Bouwens 2008, p. 23-24.

258 Bouwens en Duk 2008, hoofdstuk 32 par. 4; Asscher en Bouwens 2009, p. 168.

259 Zie Bouwens 2008, p. 27: een schatting is gemiddeld 33.000 euro, tegenover gemiddeld 8700 euro bij opzeggingen.

belangenafweging bij de vraag of een beëindiging, dan wel een beëindigingsvergoeding in de rede ligt. De arbeidsrechtelijke afweging tussen bedrijfsbelangen en persoonlijke belangen in het ontslagrecht wordt uitgediept in de volgende paragraaf.

9.7.3 De belangenafweging bij persoonsgebonden ontslag

Hoewel het arbeidsrechtelijke ontslagrecht in grote lijnen nog wel trekken vertoont van de beëindigingsregels in het algemene contractenrecht, zijn er grote verschillen. Naast de preventieve toets en het dwingendrechtelijke karakter van het recht, is dat te zien aan de belangenafweging bij het arbeidsrechtelijke ontslag. De vraag in het navolgende is met name, welke rol persoonlijke belangen spelen bij die belangenafweging.²⁶⁰ Dit zal eerst worden besproken voor het persoonsgebonden ontslag. Bij persoonsgebonden ontslag is er doorgaans een tekortkoming van de werknemer die het ontslag in de ogen van de werkgever rechtvaardigt. De enkele tekortkoming is echter meestal niet voldoende voor de conclusie dat de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs kan of kon eindigen. De rechter of het UWV zullen bij hun oordeel of het ontslag gerechtvaardigd is, nog veel meer gezichtspunten een rol laten spelen. Bij de beoordeling van de geldigheid van een ontslag op staande voet bijvoorbeeld moet de rechter behalve de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, bij zijn beoordeling gezichtspunten betrekken als de aard en duur van de dienstbetrekking, de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.²⁶¹ Bij de ontslaggrond verwijtbaar handelen neemt het UWV ook aspecten als de duur van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer in aanmerking.²⁶² Bij de ontslaggrond disfunctioneren wordt de oorzaak en de mogelijke oplossing daarvoor onderzocht, plus de vraag of de werkgever voldoende heeft gedaan om het functioneren te verbeteren.²⁶³ Bij de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is in de zin van art. 7:681 BW dient de rechter voorts alle omstandigheden van het geval te betrekken.²⁶⁴ Voorbeelden in de wet zijn de gevolgen van het ontslag voor de werknemer (art. 7:681 lid 2 sub b BW). De beoordeling of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever, vindt plaats aan de hand van factoren als de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer, zijn vooruitzichten, de hoogte van het salaris, de financiële toestand van de werkgever en de redenen voor en bijzonderheden rond het ontslag.²⁶⁵ Ook bij ontbinding kunnen vele verschillende aspecten een rol spelen.²⁶⁶ Bij de begroting van de ontbindingsvergoeding kan volgens de Hoge Raad onder andere worden gelet op de reden voor de beëindiging, de mate waarin de beëindiging voor risico van de werkgever of voor risico van de werknemer komt, eventuele verwijtbaarheid van de werkgever of de werknemer, de nadelige gevolgen voor de werknemer van het

260 Zie hierover reeds Roozendaal 2009a en 2009b. Het navolgende is grotendeels gelijklopend aan deze publicaties.

261 O.a. HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 (Schrijvers/Van Essen). Vgl. Quist 2007.

262 Beleidsregels Ontslagtaak, p. 31-3.

263 Beleidsregels Ontslagtaak, p. 30-4.

264 Zie o.a. HR 3 december 2004, JAR 2005/30.

265 Bouwens en Duk 2008, p. 423-424.

266 Zie Scholtens 2001 (1) en (2).

verlies van de arbeidsplaats, de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en de financiële positie van de werkgever.²⁶⁷

Het onderzoek naar de 'iusta causa' bij ontslag is, met andere woorden, 'multi-dimensionaal'. Daarom kan een op zichzelf onmiskenbare tekortkoming van de werknemer in sommige gevallen het einde van de arbeidsovereenkomst toch niet rechtvaardigen. Dit is een opvallend verschil met het algemene contractenrecht, waarin bij ontbinding wegens tekortkoming grofweg slechts één dimensie telt: heeft men gedaan wat men had afgesproken.²⁶⁸

Hoewel de wetgever en de Hoge Raad allerlei regels hebben gegeven voor de wijze waarop de beoordeling van een ontslag moet geschieden, is een opvallend kenmerk van die regels blijkens het voorgaande dat ze vaak ruimte laten voor het in aanmerking nemen van allerlei omstandigheden en belangen. Mijns inziens zijn veel van die omstandigheden en belangen naar de huidige stand van zaken samen te vatten in drie toetsen, die ik aanduid als de verwijtbaarheidstoets, de proportionaliteitstoets en de continuïteitstoets. In die drie toetsen kunnen persoonlijke omstandigheden of belangen steeds op een andere manier meewegen. Die drie toetsen zal ik eerst in algemene bewoordingen toelichten, om ze vervolgens toe te passen op achtereenvolgens het persoonsgebonden ontslag, het bedrijfseconomisch ontslag en de ontslagvergoedingen.

9.7.4 Verwijtbaarheid

De eerste categorie van gezichtspunten die van belang is bij persoonsgebonden ontslag, zijn de gezichtspunten die te maken hebben met het incident of de reeks van incidenten die voor de werkgever de grondslag vormen voor zijn wens de werknemer te ontslaan. Een groot aandeel van de rechtsstrijd bestaat uit het aanvoeren van stellingen en bewijzen met betrekking tot het gedrag van de werknemer. Wat is hier de kern van de rechtsstrijd? Gaat het om een tekortkoming in de nakoming, of komt er meer bij kijken?

Gezichtspunten die hierbij aan de orde kunnen komen zijn bijvoorbeeld het belang van de overtreden regel, en de vraag of van de werknemer verwacht kon worden dat hij zich aan de regel hield. Dit kan worden beoordeeld in het licht van bijvoorbeeld de aard van het bedrijf, de functie van de werknemer, en omstandigheden als de kenbaarheid van het beleid van de werkgever of de vraag of de werknemer gewaarschuwd is.²⁶⁹ Daarnaast is van belang de vraag waarom de werknemer zich zo heeft gedragen. Voor de verklaring of rechtvaardiging van het gedrag van de werknemer kunnen persoonlijke kenmerken relevant zijn, zoals opleidingsniveau, werkervaring en karakter. Ook persoonlijke omstandigheden kunnen een rol spelen.

²⁶⁷ HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257; JAR 1997/248 (*Baijings*).

²⁶⁸ Art. 6:75 en 265 BW. Ook in het algemene verbintenissenrecht dient de tekortkoming de ontbinding te rechtvaardigen (art. 6:265 lid 1 BW), maar deze restrictie wordt beperkt uitgelegd (Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005). Zie uitvoerig par. 8.2.2.

²⁶⁹ Zie voor de waarschuwing o.a. art. 7:678 lid 2 sub c, g, h, en j BW.

Er zijn ook gronden voor tekortkomingen die in het arbeidsrecht als het ware een rechtvaardiging opleveren voor die tekortkoming. Dat zijn vaak gronden die te maken hebben met persoonlijke omstandigheden. Afwezigheid kan bijvoorbeeld aangemerkt worden als een tekortkoming, omdat de werknemer dan niet werkt hoewel dit wel overeengekomen is. De wetgever heeft in een aantal situaties de werknemer het recht gegeven om afwezig te zijn wegens persoonlijke omstandigheden, en dit gaat in veel gevallen gepaard met een opzegverbod. De opzegverboden bij verzuim wegens persoonlijke omstandigheden zijn behandeld in par. 4.3.3 en 4.5.3.

Ook zonder wettelijke grondslag kan de rechter verzuim gerechtvaardigd achten, bijvoorbeeld op een voor de werknemer belangrijke feestdag.²⁷⁰ Ook als de werknemer niet op zijn werk verschijnt omdat hij meent ziek te zijn, terwijl later komt vast te staan dat de werknemer op het moment van het ontslag arbeidsgeschikt was, kan een dringende reden voor ontslag op staande voet ontbreken, als de werknemer te goeder trouw af kon gaan op het oordeel van een arts, dat hij wel ziek was.²⁷¹ De ratio van deze regel ligt volgens de Hoge Raad in de gedachte, dat de werknemer niet hoeft te kiezen tussen het volgen van het advies van zijn arts ter behoud van zijn gezondheid en het behoud van zijn baan.²⁷² Voorts kunnen zorgtaken een rechtvaardigingsgrond vormen voor bijvoorbeeld het weigeren van overwerk of invalwerk. Zo geeft het UWV als voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond voor het weigeren van invalwerk op een andere locatie, de wens van een werkneemster om tijdens de lunch haar kinderen thuis op te vangen.²⁷³ Overigens geldt hierbij doorgaans wel dat de werknemer de reden van verzuim of weigering zo tijdig mogelijk moet melden, en bij betwisting bewijzen.²⁷⁴ Deze rechtvaardigingsgronden betreffen allemaal afwezigheid. Rechtvaardigingsgronden voor wangedrag liggen minder voor het opscheppen in de jurisprudentie. Een voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond voor wangedrag die is terug te vinden in jurisprudentie is psychische verwarring door persoonlijke omstandigheden.²⁷⁵

Bij de beoordeling van een persoonsgebonden ontslag is kortom van belang wat de werknemer precies verweten wordt en wat de ernst ervan is. Voor deze toets wordt niet alleen aangeknoopt bij objectieve elementen zoals de nakoming van het contract of de redelijkheid van een opdracht, maar ook bij het subjectieve element van de goede trouw van de werknemer. Was er sprake van opzet of nalatigheid, of waren er verzachtende omstandigheden of zelfs rechtvaardigingsgronden voor zijn gedrag? Deze invalshoek kan worden samengevat als de verwijtbaarheidstoets.

270 Rb. Arnhem 24 december 1987, Prg. 1988, 2895 m.nt. Hesseling (islamitische feestdag); Ktg. Apeldoorn 26 september 1990, Prg. 1991, 3453 (1^e Kerstdag).

271 HR 22 januari 1982, NJ 1982/470 (*Chemlal/Jaarbeurs*); HR 20 september 1991, NJ 1991/768 (*Van Dam/SVB*); HR 3 oktober 1997, JAR 1997/232 (*Hardeman/Motel E3*).

272 HR 22 januari 1982, NJ 1982/470 (*Chemlal/Jaarbeurs*), r.o. 11.

273 Beleidsregels Ontslagtaak UWV, Hoofdstuk 31, p. 4.

274 Bv. art. 4:3 en 4:4 Wazo. Vgl. Bouwens en Duk 2008, p. 398-399.

275 Bv. Ktr. 24 juli 2002, JAR 2002/190 (tijdelijk onbereikbaar na diagnose keelkanker); Ktr. Utrecht 17 september 2008, JAR 2008/286 (onbereikbaarheid, psychische verwarring). Als het wangedrag voldoende ernstig was, kan het ontbreken van verwijtbaarheid de werknemer echter niet baten, zie par. 9.7.6.

Is deze toets bijzonder? Het zoeken naar een tekortkoming komt uiteraard ook buiten het arbeidsrecht voor. Het staat immers juist centraal in het algemene contractenrecht. Het zoeken naar een rechtvaardiging voor verzuim of wangedrag kan voorts gezien worden als het equivalent van de rol van verhinderende wegens overmacht in het algemene contractenrecht. Van overmacht kan onder andere sprake zijn als nakoming fysiek wel mogelijk is, maar te bezwaarlijk is geworden.²⁷⁶ In die zin is deze toets niet bijzonder te noemen. Een verschil is echter dat bij overmacht de overeenkomst kan worden ontbonden.²⁷⁷ Bij een gerechtvaardigde tekortkoming in het arbeidsrecht is beëindiging van de arbeidsovereenkomst juist niet zonder meer mogelijk. Daarvoor moet aan extra voorwaarden worden voldaan.²⁷⁸ Hoe deze toets uitpakt in de praktijk, wordt uitgewerkt in par. 9.7.7.

9.7.5 *Proportionaliteit*

De tweede categorie van gezichtspunten zijn de gezichtspunten die van belang zijn omdat ze ergens tegen moeten worden afgewogen. Die afweging kan allerlei grootheden betreffen.

Een eerste voorbeeld zijn de gezichtspunten duur van het dienstverband en de staat van dienst.²⁷⁹ Waarom kunnen die gezichtspunten relevant zijn bij persoonsgebonden ontslag? Ze zullen dat niet op zichzelf zijn. De vraag of een werknemer, die iets verweten wordt, kan worden ontslagen, kan niet worden beantwoord enkel door zijn anciënniteit of staat van dienst tot dan toe vast te stellen. Die factoren moeten ergens tegen worden afgewogen. Bij persoonsgebonden ontslag worden zij afgewogen tegen de ernst van de tekortkoming van de werknemer. Kennelijk kan voor de rechtvaardiging van een ontslag van belang zijn, of er al dan niet een 'krediet' is opgebouwd van langdurig onberispelijk functioneren, waartegen een incidentele tekortkoming in het niet kan vallen.

Een tweede voorbeeld van gezichtspunten die ergens tegen moeten worden afgewogen, zijn verwijten aan de werkgever. De werkgever kan bijvoorbeeld zorgvuldigheidsplichten hebben geschonden, zoals tijdig waarschuwen of het toepassen van hoor en wederhoor. Of hij had de werknemer beter moeten reïntegreren of begeleiden toen het zichtbaar slecht met hem ging.²⁸⁰ Ook deze gezichtspunten zijn uiteraard niet op zichzelf relevant voor de vraag of ontslag in de rede ligt. Ze moeten wederom worden afgewogen tegen de ernst van de tekortkoming van de werknemer. Kennelijk kan voor de rechtvaardiging van een ontslag van belang zijn, of er over en weer verwijten zijn te maken die tegen elkaar weg kunnen vallen.

276 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 343; Parl. Gesch. Boek 6, p. 264. Zie par. 8.2.7.

277 Ook in geval van overmacht kan immers worden ontbonden, al heeft de ontbindende partij geen recht op schadevergoeding (art. 6:265 en 277 lid 2 BW).

278 Die voorwaarden komen terug in de continuïteitstoets, zie par. 9.7.6.

279 Term ontleend aan Scholtens 2001 (2).

280 Bv. Hof Amsterdam 20 december 2007, JAR 2008/180 (verzuim zonder bericht, werkgever verzaakte re-integratieverplichtingen).

Een derde voorbeeld zijn gezichtspunten waarmee het belang van de werknemer bij het behoud van zijn baan kan worden uitgedrukt. Dat belang kan onder andere worden vastgesteld door onderzoek naar de gevolgen van het ontslag voor hem. Een relatief slechte arbeidsmarktpositie maakt het ontslag zoals vermeld ingrijpender. Gezichtspunten als leeftijd, gezondheid en werkervaring van de werknemer kunnen relevant zijn omdat ze invloed hebben op de arbeidsmarktpositie. Voorts kan het verlies van loopbaanvooruitzichten het ontslag ingrijpender maken. Denkbaar is ten slotte dat bijzondere financiële of gezinsomstandigheden relevant kunnen zijn, zoals weinig spaargeld, een hoge hypotheek, of alleenstaand ouderschap.²⁸¹ Ook deze factoren spelen een rol in een afweging. Tegenover de belangen van de werknemer bij het behoud van zijn baan, staan de belangen van de werkgever bij het ontslag.²⁸² De belangen van de werkgever bij persoonsgebonden ontslag kunnen worden vastgesteld onder andere door te kijken hoe verwijtbaar de tekortkoming van de werknemer was (zie ook par. 9.7.4), en hoe belastend het mede in dat licht zou zijn de werknemer in dienst te houden.²⁸³ De belangenafweging kan ook plaatsvinden door te beoordelen in welke mate het belang van de werkgever is geschaad door de niet-nakoming. Een voorbeeld daarvan is het ontslag van de werknemer in langdurige detentie. De vraag of de werknemer die dit overkomt op staande voet ontslagen kan worden, hangt volgens de Hoge Raad af van alle omstandigheden van het geval, zoals het verband tussen het delict en de werkzaamheden en de vraag of de werkgever schade heeft geleden door het delict of de detentie.²⁸⁴

Een laatste voorbeeld is de afweging van 'risicosferen'. Deze aanduiding wordt onder andere in de Aanbevelingen van de kring van kantonrechters gebruikt (aanbeveling 3.4). Wat daarmee precies bedoeld wordt, wordt niet uitgewerkt. Vermoedelijk gaat het om een billijkheidsoordeel over de vraag aan wie de oorzaak van de ontbinding kan worden toegerekend, gelet op onder andere de mate van schuld aan of zeggenschap over de omstandigheden die tot het ontbindingsverzoek hebben geleid, van zowel de werkgever als de werknemer. Schuld en zeggenschap van de werknemer worden daarbij kennelijk afgewogen tegen schuld en zeggenschap van de werkgever.

De afwegingen tussen twee grootheden hebben elk hun eigen ratio. Overkoepelend kunnen ze mijns inziens worden samengevat als proportionaliteitstoets. Het prototype proportionaliteitstoets, zoals die bijvoorbeeld voorkomt bij de toetsing van inbreuken op grondrechten, is die van de belangenafweging.²⁸⁵ De andere afwegingen tussen twee grootheden geven mijns inziens eveneens uitdrukking aan de gedachte, dat de zwaarte van de ontslaggrond proportioneel moet zijn aan het

281 HR 1 december 1978, *NJ* 1979, 185 (geen spaargeld); Ktr. Lelystad, 17 juli 2002, *JAR* 2002/194 (hoge hypotheek); HR 14 september 2007, *RvdW* 2007/763 (alleenstaande moeder).

282 Het duidelijkste voorbeeld van deze afweging is uiteraard art. 7:681 lid 2 sub b BW. Zie voor het meewegen van de gevolgen van het ontslag ook de rol van persoonlijke omstandigheden bij ontslag op staande voet, HR 12 februari 1999, *NJ* 1999/643 (*Schrijvers/Van Essen*).

283 De belangenafweging bij bedrijfseconomisch ontslag ziet er uiteraard anders uit, zie par. 9.7.8.

284 HR 17 december 2010, *JAR* 2011/19 m.nt. M.M. Koevoets (*ABN Amro/X*). Zie over de lagere rechtspraak met dezelfde strekking Van Luyn en Van Poelgeest 2005.

285 Gerards 2006a, p. 13.

ontslag. Het proportionaliteitsbeginsel is een bijzonder beginsel bij persoonsgebonden ontslag in het arbeidsrecht, als men het vergelijkt met het algemene verbintenissenrecht. In dat laatste rechtsgebied wordt bij de ontbinding wegens een tekortkoming namelijk niet of nauwelijks getoetst aan het proportionaliteitsbeginsel.²⁸⁶

9.7.6 Continuïteit

Een groot aantal gezichtspunten blijkt te kunnen worden ondergebracht bij de verwijtbaarheidstoets en de proportionaliteitstoets. Er blijft een categorie van omstandigheden over, die niet of niet helemaal bij die afwegingen passen en toch vaak een rol spelen bij de vraag of ontslag, of een ontslagvergoeding, in de rede ligt. Kenmerkend voor veel van die gezichtspunten is dat ze eerder aanknopen bij de 'maatschappelijke realiteit' dan bij juridische aanknopingspunten zoals het contract, de instructie of een belangenafweging.

Zo kan van belang zijn de feitelijke verstoring van de arbeidsrelatie. Dit kan op zichzelf gezien voldoende grond vormen voor ontslag, ongeacht de uitkomst van een verwijtbaarheidstoets of proportionaliteitstoets. Een duidelijk voorbeeld daarvan waren de pro-forma ontbindingsverzoeken, waarbij de door partijen aangevoerde verstoorde arbeidsrelatie meestal zonder meer tot ontbinding leidde.²⁸⁷ Ook kan ontslag op staande voet in de rede liggen ondanks het ontbreken van verwijtbaarheid, bijvoorbeeld bij psychische stoornissen van de werknemer die weliswaar niet verwijtbaar zijn, maar wel zeer hinderlijk.²⁸⁸ Het wordt kennelijk gerechtvaardigd gevonden om de overeenkomst te beëindigen als het niet realistisch is om te verwachten dat partijen nog succesvol met elkaar kunnen samenwerken, ook al valt de werknemer weinig of niets te verwijten. Als partijen 'niet meer door een deur kunnen', moet de relatie beëindigd kunnen worden, net als in bijvoorbeeld het hedendaagse echtscheidingsrecht. Zoals vermeld was het uitgangspunt van de wetgever in 1907 ook dat partijen bij de arbeidsovereenkomst niet gedwongen hoeven samenwerken (par. 9.7.2).

Voorts heeft het volgende gezichtspunt een bijzonder gewicht, namelijk de vraag of er nog (andere) passende arbeid aanwezig is. De werknemer kan verplicht zijn die te aanvaarden, ook al is die verplichting nooit overeengekomen.²⁸⁹ De werkgever kan verplicht zijn de arbeidsorganisatie aan de tekortkoming van de werknemer aan te

286 Stolp 2007, par. 12.12, constateert zoals vermeld dat het proportionaliteitsbeginsel slechts een vangnetfunctie vervult bij wanprestatie voor zeer zeldzame gevallen.

287 Van Heusden 2006, p. 241. Sinds een wijziging in de WW in 2006 komen pro-forma ontbindingen veel minder vaak voor.

288 Bv. HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549 (NS/Choaibi, gooien van stoel) en Hof Amsterdam 4 maart 2004, JAR 2004/203 (stalking leidinggevende).

289 Zie bv. HR 28 april 2000, JAR 2000/120 (k.o.o., demotie na disfunctioneren).

passen²⁹⁰ of de werknemer te begeleiden ten einde zijn disfunctioneren te verbeteren.²⁹¹ Ook deze verplichting houdt geen verband met hetgeen partijen op grond van hun afspraken van elkaar konden verwachten. Het kan kennelijk ook ongerechtvaardigd worden gevonden om de overeenkomst te beëindigen, omdat het juist wel realistisch wordt gevonden dat partijen nog met elkaar samenwerken, ook al wijkt die samenwerking af van de overeenkomst.

De kernvraag die bij de toepassing van deze gezichtspunten kennelijk van belang is, is, of samenwerking in de toekomst nog mogelijk is. Met andere woorden, kan van de werkgever gevergd worden, de arbeidsovereenkomst te laten voortduren? Het antwoord op deze vraag kan van twee kanten benaderd worden. De enkele 'subjectieve' bewering van de werkgever dat de mogelijkheid tot voortzetting van de arbeidsovereenkomst ontbreekt, kan enerzijds voldoende worden gevonden. De rechtvaardiging van deze marginale invulling van de toets kan op allerlei gronden berusten: bijvoorbeeld op opvattingen over de voorwaarden voor succesvolle samenwerking tussen mensen, of op opvattingen over de efficiënte inrichting van een onderneming of van de economie als geheel. Ook kan aansluiting gezocht worden bij het beginsel van contractvrijheid, waar ook onder begrepen kan worden de vrijheid om niet langer gebonden te zijn aan een duurovereenkomst als men dat niet langer wil.

Anderzijds kan de toets juist min of meer geobjectiveerd worden. In plaats van af te gaan op de bewering van de werkgever dat voortzetting niet mogelijk is, kan de rechter of het UWV de werkgever vragen te bewijzen of aannemelijk te maken dat er geen alternatieven zijn. De rechtvaardiging hiervan kan berusten op de grond dat het algemeen belang of de economie juist gediend is bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst, omdat daarmee werkloosheid wordt voorkomen. Omdat het UWV mede de algemene belangen dient, zal het UWV de vraag of de arbeidsovereenkomst kan worden voortgezet, vermoedelijk vaker proberen te objectiveren dan bijvoorbeeld de ontbindingsrechter. Ook de individuele belangen van de werknemer kunnen gediend zijn bij voortzetting van de arbeidsrelatie, ook al is dat in afwijking van hetgeen overeengekomen is.

De vraag of samenwerking in de toekomst nog mogelijk is, zal hierna worden aangemerkt als de continuïteitstoets. Ook deze toets is bijzonder voor het arbeidsrecht, in die zin dat zij niet voorkomt bij de ontbinding wegens wanprestatie. Aan de subjectieve toepassing van de continuïteitstoets zal in het algemene verbintenissenrecht bij de ontbinding wegens wanprestatie weinig behoefte zijn, vanwege de regel dat ook een (geringe) tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt. De geobjectiveerde

290 Bij ziekte (zie art. 7:658a BW en art. 5:2 Ontslagbesluit), maar ook bij disfunctioneren (Beleidsregels Ontslagtaak, p. 33-9). Zie bv. HR 3 oktober 2008, *JAR* 2008/278 (ziekte); HR 30 mei 2008, *JAR* 2008/167 (na ziekte). Buiten ziekte bv. bij verslaving, vgl. Ktr. Sittard-Geleen, 16 oktober 2003, *JAR* 2003/271 (alcoholverslaving, geen ziekte); Ktr. Haarlem 3 april 2003, *JAR* 2003/117 (porno-verslaving).

291 Vgl. Ktr. Wageningen, 8 november 2006, *JAR* 2007/11 (onvoldoende correctie van belediging meerderen). Vgl. Vermeulen 2004.

continuïteitstoets maakt het mogelijk dat partijen iets anders moeten doen dan het contract voorschrijft, in casu om ontslag te voorkomen. Deze relativering van de overeenkomst is een oude bekende in het arbeidsrecht en wijkt zoals besproken af van het beginsel van gebondenheid aan de overeenkomst in het algemene verbintenissenrecht.²⁹² Toch is dit beginsel ook buiten het arbeidsrecht wel te vinden, namelijk in de grondrechtelijke toets aan het subsidiariteitsbeginsel. Dat beginsel houdt in dat gekeken moet worden of er alternatieven zijn voor de gewraakte handelwijze die minder belastend zijn.²⁹³

9.7.7 Persoonsgebonden ontslag in de praktijk

Duidelijk is nu welke drie toetsen mijns inziens een rol spelen bij ontslag. Mogelijk zijn er nog andere relevante gezichtspunten die hun rechtvaardiging vinden in andere beginselen, maar in het navolgende ga ik uit van deze drie toetsen. Nu kan een inschatting gemaakt worden van hun rol in de praktijk bij toetsing van ontslag op staande voet, opzegging met gebruikmaking van de BBA-procedure en ontbinding.²⁹⁴ Alle drie toetsen kunnen bij deze beëindigingswijzen in onderlinge samenhang worden toegepast. Er zijn waarschijnlijk weinig voorbeelden van beslissingen van rechter of UWV waarin maar één toets regeert. Toch hebben de toetsen in de praktijk niet altijd hetzelfde gewicht.

De verwijtbaarheidstoets staat centraal bij ontslag op staande voet. Vanwege de ingrijpende gevolgen van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, moet immers in beginsel een relatief ernstig verwijt aan de werknemer gemaakt kunnen worden. Uit de voorbeelden in art. 7:678 lid 2 BW blijkt al dat voortzetting meestal niet gevegd kan worden vanwege de verwijtbaarheid van daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer. De proportionaliteitstoets en de continuïteitstoets kunnen de 'verwijtbaarheidseis' uiteraard versterken. Als de verwijtbaarheid gering is, is het ontslag immers eerder disproportioneel en kan de voortzetting van de overeenkomst sneller worden gevegd. In bijzondere gevallen kunnen de proportionaliteitstoets en de continuïteitstoets de resultaten van de verwijtbaarheidstoets echter zelfs opzij zetten. Als de werknemer een ernstig verwijt kan worden gemaakt, kan het ontslag immers toch ongeldig zijn wegens de uitkomst van de proportionaliteitstoets.²⁹⁵ Anderzijds kan ook als de werknemer niets verweten kan worden, het ontslag toch geldig zijn, omdat voortzetting van de overeenkomst niet van de

292 Vgl. Jacobs en Roozendaal 2008; zie ook par. 9.3.2.

293 Gerards 2006a, p. 14. Zie over de grondrechtelijke toets voorts hoofdstuk 14.

294 Kennelijk onredelijk ontslag wordt behandeld in par. 9.7.10 (ontslagvergoedingen), omdat herstel van de arbeidsrelatie op grond van art. 7:682 BW zelden voorkomt en de toetsing van het ontslag dus voornamelijk in het teken staat van het al dan niet toekennen van een vergoeding.

295 Zie bijvoorbeeld HR 21 januari 2000, *JAR* 2000/45 (*Hema/P. I.*, meenemen flesje motorolie op laatste werkdag). Diefstal wordt de werknemer doorgaans ernstig verweten, ook al gaat het om spullen met geringe waarde. In dit geval was het ontslag desondanks vernietigbaar, mede vanwege de gevolgen ervan. Zie ook HR 17 december 2010, *JAR* 2011/19 m.nt. M.M. Koevoets (*ABN Amro/X*, langdurige detentie wegens seksueel misbruik stiefkind, niet zonder meer geldige ontslaggrond, meewegen schade werkgever).

werkgever te vergen valt.²⁹⁶ Mijns inziens moeten beide mogelijkheden van het opzij zetten van de verwijtbaarheidseis bij ontslag op staande voet als een uitzondering worden gezien.²⁹⁷

In het kader van de ontslagvergunningsprocedure is de geobjectiveerde continuïteits-toets een belangrijke toets. Het UWV zoekt bij verschillende persoonsgebonden ontslaggronden actief naar mogelijkheden om het dienstverband voort te zetten,²⁹⁸ vermoedelijk vanwege zijn rol als poortwachter voor de collectieve voorzieningen bij werkloosheid of arbeidsongeschiktheid. Bij ontslag wegens verwijtbaar handelen wordt daarbij ook nagegaan, of het ontslag door de werkgever wordt aangevraagd als 'ultimum remedium'. De andere twee toetsen spelen een minder prominente rol. Zo wordt de schuldvraag soms expliciet irrelevant verklaard.²⁹⁹ De toepassing van de proportionaliteitstoets is wel mogelijk op grond van de algemene redelijkheidstoets van art. 3 Ontslagbesluit. In de beleidsregels is deze toets niet prominent aanwezig.³⁰⁰

Bij persoonsgebonden ontbinding zou de continuïteitstoets in de praktijk ook wel eens de belangrijkste kunnen zijn. Er is grond voor het vermoeden dat kantonrechters meestal uitgaan van de onmogelijkheid het vertrouwen tussen partijen te herstellen, als de werkgever eenmaal een ontbindingsverzoek heeft gedaan.³⁰¹ Uit de rechtspraak blijkt wel dat de continuïteitstoets ook geobjectiveerd kan worden en daarmee ten gunste van de werknemer kan uitvallen.³⁰² Daarnaast zijn er voorbeelden van het weigeren van persoonsgebonden ontbinding op grond van de

296 Vgl. HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549 (NS/Choaibi, gooien van stoel naar Arboarts, wangedrag mogelijk te wijten aan geestelijke stoornis, ontslag toch terecht) en Hof Amsterdam 4 maart 2004, JAR 2004/203 (stalking leidinggevende door werknemster met psychische verwarring, ontslag terecht).

297 De proportionaliteitstoets leidt vermoedelijk iets vaker dan de continuïteitstoets zelfstandig tot vernietiging van een ontslag op staande voet. Vgl. Quist 2007, p. 32: van 100 onderzochte uitspraken is bij 22 expliciet rekening gehouden met persoonlijke omstandigheden (dat wil zeggen dat gekeken is naar de gevolgen van het ontslag). In 9 van die uitspraken was het ontslag op staande voet ongeldig.

298 Te weten bij disfunctioneren, een verstoorde arbeidsrelatie en ziekte (art. 5:1 lid 1 en 5 en art. 5:2 Ontslagbesluit).

299 Bv. bij het UWV bij de gronden disfunctioneren en verstoorde arbeidsrelatie (Beleidsregels Ontslagtaak, p. 30-3 en p. 33-9). Uiteraard speelt schuld wel een rol bij de ontslaggrond verwijtbaar handelen of nalaten (Hoofdstuk 28). De oorzaak van het ziekteverzuim, en daarmee indirect de schuld van de werkgever, speelt een rol bij ontslag wegens veelvuldig ziekteverzuim (hoofdstuk 31).

300 Factoren die een rol spelen bij een belangenafweging, zoals de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, worden in de Beleidsregels Ontslagtaak niet genoemd bij de persoonsgebonden gronden disfunctioneren, verwijtbaar handelen en langdurige arbeidsongeschiktheid. Bij de toetsing van de redelijkheid van een ontslag wegens een verstoorde arbeidsrelatie en wegens veelvuldig ziekteverzuim wordt wel gewezen op het feit dat daarbij factoren als leeftijd en arbeidsverleden een rol kunnen spelen. Zie Beleidsregels Ontslagtaak, p. 29-8 en 31-10.

301 Scholtens 2001(2): slechts 6 tot 9% van de ontbindingsverzoeken (exclusief pro-forma verzoeken) werd geweigerd in diverse onderzoeken eind jaren negentig. In de gepubliceerde rechtspraak ligt dat percentage hoger, variërend van 17 tot 27%, zie Loonstra en Kruit 2008. Von Bergh e.a. 2009 geven aan dat in 41% van de zaken waarin het tot een ontbindingsvergoeding kwam, tot een einde kwam terwijl de oorzaak niet aan één van beide viel toe te rekenen (p. 26).

302 Scholtens 2001 (2) heeft de weigering wegens 'te weinig inspanning/herplaatsing mogelijk' als aparte categorie opgenomen. Loonstra en Kruit 2008 signaleren dat ook kantonrechters lijken te toetsen of verbetertrajecten mogelijk zijn bij disfunctioneren.

staat van dienst of het gevolgcriterium, als uitdrukking van de proportionaliteitstoets.³⁰³ Vermoedelijk zijn dit echter uitzonderingen.

Bij de vraag of er voldoende grond is voor ontslag op persoonsgebonden gronden, is kortom vooral ruimte voor de verwijtbaarheidstoets (bij ontslag op staande voet), en de continuïteitstoets. De laatste wordt bij opzegging met gebruikmaking van de BBA-procedure vaker geobjectiveerd dan bij ontbinding. Het proportionaliteitsbeginsel lijkt een kleinere rol te spelen bij de vraag of er voldoende grond is voor ontslag, hoewel er wel opmerkelijke voorbeelden zijn in de rechtspraak van de Hoge Raad over ontslag op staande voet, waarin de uitkomst van deze toets wel de uitkomst van de verwijtbaarheidstoets opzij zet.

9.7.8 De belangenafweging bij bedrijfseconomisch ontslag

Een bedrijfseconomisch ontslag valt te vergelijken met de opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een dergelijke opzegging wordt getoetst aan de redelijkheid en billijkheid, waarbij ruimte bestaat voor het afwegen van de belangen van beide partijen.³⁰⁴ Gesteld kan worden, dat de proportionaliteitstoets bij opzegging van een duurovereenkomst leidend is. Hoe zit dat bij een bedrijfseconomisch arbeidsrechtelijk ontslag? Welke toetsen spelen daarbij een rol?

Bij bedrijfseconomisch ontslag ontbreekt in beginsel de tekortkoming aan de kant van de werknemer. De verwijtbaarheidstoets kan dus worden overgeslagen. De continuïteitstoets daarentegen is prominent aanwezig. Bij het aanvragen van een ontslagvergunning bij het UWV op grond van bedrijfseconomische omstandigheden dient de werkgever de bedrijfseconomische gronden voor het verval van arbeidsplaatsen aannemelijk te maken. Dit kan worden aangemerkt als een bedrijfseconomische continuïteitstoets: zijn er in de toekomst nog voldoende arbeidsplaatsen? Aan de bewijslast worden door het UWV in de praktijk weinig eisen gesteld.³⁰⁵ De invulling van de toets is derhalve niet sterk geobjectiveerd. Vervolgens moet de werkgever werknemers voor ontslag selecteren op grond van de objectief vast te stellen criteria functie, leeftijd en duur van het dienstverband (art. 4:2 Ontslagbesluit). Daarna wordt nog gezien, of van de werkgever kan worden gevergd de geselecteerde werknemers te herplaatsen,³⁰⁶ waarmee derhalve toepassing wordt gegeven aan de geobjectiveerde continuïteitstoets.

De proportionaliteitstoets speelt een minder prominente rol bij bedrijfseconomisch ontslag. De afweging tussen twee grootheden zou bij bedrijfseconomisch ontslag gemaakt moeten worden door aan de kant van de werkgever, diens belang bij het

303 Vgl. Scholtens 2001 (2). Bv.: Ktr. Lelystad 17 juli 2002, JAR 2002/194 (slechte arbeidsmarktpositie, hoge hypotheek).

304 HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (Latour/De Bruijn). Alle omstandigheden kunnen een rol spelen, omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het sluiten van de overeenkomst zijn daarbij niet uitgesloten. HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (Kakkenberg/Kakkenberg). Zie ook par. 8.3.

305 Duk 2009.

306 Hoofdstuk 21 Beleidsregels Ontslagtaak.

vervallen van de arbeidsplaatsen mee te wegen, om dit daarna af te wegen tegen het belang van de werknemer bij het behoud van zijn baan. De werkgever moet zijn belang zoals gezegd volgens de Beleidsregels Ontslagtaak wel aannemelijk maken. Het wordt echter niet of nauwelijks afgewogen tegen het belang van de betrokken werknemers om hun baan te behouden.

Bij de selectie van een of meer werknemers waarvoor een ontslagvergunning wordt gevraagd, moet het afspiegelingsbeginsel worden toegepast (art. 4:2 Ontslagbesluit). Dat wil zeggen dat per leeftijdsgroep binnen een categorie uitwisselbare functies van een bedrijfsvestiging de personen met het kortste dienstverband het eerst voor opzegging in aanmerking komen. Van de werknemers worden derhalve geen andere persoonlijke omstandigheden of kenmerken betrokken dan leeftijd en duur van het dienstverband. Dit kan gezien worden als een beperkte toepassing van de proportionaliteitstoets. De factor duur van het dienstverband (de anciënniteit) geeft uitdrukking aan de gedachte dat een ontslag ingrijpender is naarmate het dienstverband langer heeft geduurd. Door de combinatie van deze factor met de afspiegeling van leeftijden binnen een functiecategorie wordt bereikt dat bij bedrijfseconomische ontslagen een evenwichtige leeftijdsopbouw in een onderneming behouden kan blijven.³⁰⁷ Daardoor worden jonge werknemers namelijk minder vaak getroffen dan zonder die afspiegeling, maar met behoud van het anciënniteitscriterium het geval zou zijn.³⁰⁸ Slechts in uitzonderlijke gevallen kan van de genoemde selectiecriteria worden afgeweken wegens de zwakke arbeidsmarktpositie van een geselecteerde werknemer.³⁰⁹

Een verklaring voor deze rigide selectiecriteria kan gevonden worden in het feit dat een bedrijfseconomisch ontslag veelal meerdere werknemers tegelijk treft. Als niet op objectief vast te stellen gronden als leeftijd en anciënniteit geselecteerd zou mogen worden, maar elk geval individueel moet worden beoordeeld, zou het UWV feitelijk de ingrijpendheid en/of de wenselijkheid van het ontslag van diverse werknemers tegen elkaar af moeten wegen. Daarvoor ontbreken echter criteria.

Van de ontbinding op bedrijfseconomische gronden op grond van art. 7:685 BW wordt gezegd dat de toets in grote lijnen dezelfde is als bij het UWV.³¹⁰ Dat zou betekenen dat ook de ontbindingsrechter bij bedrijfseconomisch ontslag vooral een 'continuïteitstoets' uitvoert, met categorische uitsluiting van de belangen van de werknemer. De gepubliceerde rechtspraak biedt inderdaad nauwelijks voorbeelden van een afweging tussen de bedrijfseconomische belangen en de persoonlijke

307 Zie o.a. de toelichting op het Ontslagbesluit 2002, Besluit van 20 december 2001, Stcrt. 2001, 249, p. 42. Zie voor een historisch overzicht over de toepassing van het afspiegelingsbeginsel Kamminga 2005.

308 Tot 1 maart 2006 kon de werkgever kiezen tussen de toepassing van het afspiegelingsbeginsel of het anciënniteitsbeginsel. Op grond van dit laatste beginsel gold de regel 'last in, first out' voor werknemers binnen een categorie uitwisselbare functies. Zie Margadant 2006.

309 Art. 4:2 lid 5 Ontslagbesluit en Beleidsregels Ontslagtaak, Hoofdstuk 20.

310 Van Beek 2004.

belangen van de werknemer bij de vraag, of op bedrijfseconomische gronden kan worden ontbonden.³¹¹

Bedrijfseconomisch ontslag wordt kortom vooral getoetst aan continuïteit. Proportionaliteit komt voornamelijk op gestandaardiseerde wijze terug. In vergelijking met persoonsgebonden ontslag is er bij de vraag, of er voldoende grond is voor ontslag op bedrijfseconomische gronden, derhalve minder ruimte voor het meewegen van individuele omstandigheden van de werknemer. De vraag rijst, of er bij het vaststellen van een ontslagvergoeding dan wel ruimte is voor een volledige proportionaliteitstoets.

9.7.9 Ontslagvergoedingen

Ontslagvergoedingen kunnen zoals bekend onder andere toegekend worden bij kennelijk onredelijk ontslag en bij ontbinding wegens verandering van omstandigheden.³¹² De vraag is, welk gewicht toekomt aan de drie ontslagtoetsen bij het vaststellen van het recht op vergoeding.

Kennelijk-onredelijk-ontslagvergoeding

Bij de toets aan art. 7:681 BW moet eerst worden vastgesteld of een ontslag kennelijk onredelijk was. Als dat het geval is, moet daarvoor een vergoeding worden vastgesteld. Bij de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk was, ligt het zwaartepunt bij de proportionaliteitstoets. Dat geldt zowel voor persoonsgebonden als voor bedrijfseconomisch ontslag. De vraag of een ontslag kennelijk onredelijk was, wordt namelijk meestal beantwoord door toepassing van het gevolgen criterium in art. 7:681 lid 2 sub b BW: een ontslag kan onder andere kennelijk onredelijk zijn wanneer de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging.³¹³ Besproken is al (in par. 9.7.5) dat daarbij allerlei bijzondere omstandigheden van de werknemer aan de orde kunnen komen, zoals een relatief zwakke arbeidsmarktpositie of bijzondere financiële- of gezinsomstandigheden zoals weinig spaargeld, een hoge hypotheek, of alleenstaand ouderschap. Bij bedrijfseconomisch ontslag heeft de Hoge Raad uitgesproken dat indien een vergoeding is ontleend aan een sociaal plan, dit een indicatie vormt dat de vergoeding redelijk is. Bijzondere omstandigheden kunnen echter een afwijking rechtvaardigen, bijvoorbeeld op grond van het gevolgen-criterium.³¹⁴

311 M.u.v. de toepassing van de selectiecriteria uit het Ontslagbesluit en de reflexwerking van ontslagverboden, vgl. Van Kempen en Ridderbroek 2006; Van Beek 2004. Zie voor een uitzondering Ktr. Middelburg 1 februari 2007, *LJN* AZ8718 (onvoldoende onderbouwd verzoek; belangen werknemer wegen zwaarder).

312 Naast de genoemde vergoedingen bestaat nog de schadevergoeding bij onregelmatige opzegging (art. 7:677 lid 4 BW), die fungeert als sanctie op het niet in acht nemen van opzegtermijnen. De gefixeerde schadevergoeding bestaat uit het loon voor de niet in acht genomen termijn, en kan gematigd worden door de rechter (art. 7:680 BW). De volledige schadevergoeding ziet alleen op de schade als gevolg van de onregelmatigheid van de opzegging, en wordt in de praktijk zelden toegepast. Zie Asscher-Vonk en Bouwens 2009, p. 149. Vanwege het gestandaardiseerde karakter van deze vergoedingen laat ik ze verder buiten beschouwing.

313 Bouwens en Duk 2008, p. 423.

314 HR 14 juni 2002, *JAR* 2002/165 (*Bulut/Troost*).

In hoeverre speelt de verwijtbaarheidstoets een rol bij de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk was? Om een ontslag als kennelijk onredelijk te kunnen aanmerken, is mede gelet op het gevolgen-criterium niet vereist, dat de werkgever iets te verwijten valt.³¹⁵ Voorts kan een ontslag ook kennelijk onredelijk zijn, als de werknemer iets te verwijten valt.³¹⁶ De verwijtbaarheidstoets speelt dus in die zin geen zelfstandige rol. Wel zal de verwijtbaarheid van zowel de werkgever als de werknemer een rol kunnen spelen in een afweging. Het ontslag zal eerder kennelijk onredelijk zijn als de werkgever wel iets te verwijten of toe te rekenen valt, bijvoorbeeld in het geval dat een langdurige arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt op het werk.³¹⁷ Verwijtbaar niet meewerken aan herstel van de productiviteit (re-integratie) door de werkgever kan een grondslag vormen voor kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Dat geldt voor persoonsgebonden ontslag,³¹⁸ maar ook voor bedrijfseconomisch ontslag.³¹⁹ Anderzijds kan ook de werknemer worden verweten, dat hij een hem aangeboden passende andere functie niet heeft aanvaard.³²⁰ In deze afwegingen klinkt overigens ook de continuïteitstoets door. De vraag, of partijen in de toekomst nog met elkaar verder kunnen, is op het moment dat de rechter zich over de vordering buigt meestal niet meer relevant, maar wel kan hij beoordelen of partijen zich daar destijds voldoende voor hebben ingespannen. De verwijtbaarheid van de werknemer kan voorts een rol spelen bij de toepassing van het gevolgen-criterium. Een zwakke arbeidsmarktpositie kan bijvoorbeeld buiten beschouwing worden gelaten als de werknemer niet voldoende mee heeft gewerkt aan pogingen tot verbetering daarvan.³²¹ Rechtspraak waarin een vordering op grond van art. 7:681 BW werd ingediend terwijl de werknemer iets te verwijten viel, is echter schaars.³²² De werknemer die op persoonsgebonden gronden ontslagen is vanwege een gerechtvaardigde tekortkoming of vanwege een buiten zijn schuld verstoorde arbeidsrelatie, zal begrijpelijkerwijs eerder een kans wagen dan de werknemer die is ontslagen wegens wangedrag.³²³

De vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is, kan kortom worden vastgesteld na een afweging van een veelvoud aan factoren, die in grote lijnen vallen onder ofwel

315 HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (*De Vries/Lampe*).

316 HR 1 december 1978, NJ 1979, 185.

317 Zie HR 15 februari 2008, JAR 2008/76 (verwijtbaarheid en langdurige arbeidsongeschiktheid).

318 Bv. Ktr. Utrecht 20 april 2005, JAR 2005/145 (zieke werknemer) en Hof Amsterdam 23 maart 2006, JAR 2006/224 (disfunctioneren).

319 Bv. Ktr. Groningen 27 juli 2005, JAR 2005/196 (onbehoorlijke 'stoelendans', herstel dienstbetrekking).

320 Bv. HR 30 mei 2008, L/N BC9936 (weigering andere functie).

321 Ktr. Den Haag 30 mei 2007, JAR 2007/170 (aangeboden scholingsmogelijkheden en loopbaanbegeleiding onbenut).

322 Ook al omdat na een geldig ontslag op staande voet het ontslag niet meer kennelijk onredelijk kan zijn (HR 12 februari 1999, JAR 1999/10). Onderzoek naar de gepubliceerde rechtspraak van de afgelopen tien jaar leverde de volgende uitzondering op: Ktr. Den Haag 28 mei 2008, L/N BF2259: o.o.s.v. terecht wegens bedreiging, inhouding gefixeerde schadevergoeding echter onredelijk wegens privésituatie (zorg voor twee zwaar gehandicapte kinderen).

323 Persoonsgebonden k.o.o. komt relatief vaak voor bij een gerechtvaardigde tekortkoming zoals langdurige ziekte, vgl. De Wolff 2003, p. 170-174. Zie voor een verstoorde arbeidsrelatie: Hof Amsterdam 23 maart 2006, JAR 2006/224 (disfunctioneren).

de belangen van de werkgever en de werknemer bij het ontslag respectievelijk het behoud van de baan, ofwel onder hetgeen hen over en weer verweten kan worden.³²⁴

Als de rechter heeft vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk was, moet de rechter zoals vermeld een ontslagvergoeding vaststellen. Over de vraag hoe de kennelijk-onredelijk-ontslagvergoeding vervolgens precies begroot mag of kan worden, heeft de Hoge Raad zich de afgelopen jaren diverse keren uitgesproken. De discussie over deze uitspraken is te veelomvattend om op deze plaats uitvoerig te bespreken. Ik volsta derhalve met een enkele opmerking.

In de loop van 2008 en 2009 is door diverse gerechtshoven getracht meer uniformering te bereiken bij het toekennen van een vergoeding op grond van art. 7:681 BW door het introduceren van formules die afgeleid waren van de kantonrechtersformule bij ontbindingszaken.³²⁵ De Hoge Raad bleek echter geen heil te zien in het gebruiken van formules bij de toepassing van art. 7:681 BW.³²⁶ Dat geldt ook voor het toepassen van een formule voor de enkele begroting van de vergoeding, nadat de kennelijke onredelijkheid van het ontslag met een inventarisatie van de omstandigheden van het geval is vastgesteld.³²⁷ Wel heeft de Hoge Raad enige aanwijzingen gegeven hoe die begroting dan wel zou moeten plaatsvinden.

Een van de overwegingen van de Hoge Raad was, dat de hoogte van de vergoeding in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure moet worden vastgesteld “aan de hand van door de rechter op basis van de aangevoerde stellingen vast te stellen feiten en na een afweging van de omstandigheden aan de zijde van beide partijen, waarbij de gewone regels omtrent de begroting van schade(vergoeding) van toepassing zijn” (r.o. 4.3). Het aanknopen bij de gewone regels omtrent de begroting van schade (vergoeding) kan gezien worden als een wijziging in de stand van zaken tot dan toe, die zijn oorsprong vindt in een wijziging van de voorganger van art. 7:681 BW als gevolg van de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1998. Bij die gelegenheid is de term ‘billijke vergoeding’ vervangen door ‘schadevergoeding’, een wijziging die vrij terloops is doorgevoerd zonder dat daarmee klaarblijkelijk een wijziging werd beoogd.³²⁸ De reden was dat aan schadevergoeding naar billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek een andere betekenis toekomt dan naar oud recht het geval was. Niettemin is door sommigen daarna geconcludeerd dat als gevolg daarvan bij de begroting van de schade nauwer dan voorheen bij de regels

324 In de rechtspraak wordt voor beantwoording van de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk was, geregeld gebruik gemaakt van een lijstje met steeds dezelfde 22 gezichtspunten. Deze gezichtspunten kunnen in de genoemde categorieën worden onderverdeeld (belangen en verwijten over en weer). Zie bv. HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596; *JAR* 2009/305 m.nt. E. Verhulp (*Van de Grijp/Stam*); Gerechtshof Arnhem, locatie Leeuwarden 16 maart 2010, *LJN*: BL7914, en mijn commentaar op deze uitspraak in *AR-updates Commentaar* 2010-09.

325 De ABC x 0,7-formule en de XYZ-formule; zie hierover o.a. Houweling en Van der Voet 2009.

326 HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596; *JAR* 2009/305 m.nt. E. Verhulp (*Van de Grijp/Stam*).

327 HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472; *JAR* 2010/72 (*Rutten/Breed*).

328 Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 51. Vgl. Buijs 2010, p. 38.

van boek 6 aangeknoopt zou moeten worden.³²⁹ De geciteerde overweging in *Van de Grijp/Stam* werd in de literatuur gezien als een bevestiging van dat standpunt.³³⁰ Een gevolg daarvan zou zijn dat in beginsel veel concretere aanknopingspunten gezocht moeten worden voor de begroting van de schade, zoals concreet inkomensverlies, terwijl immateriële schade maar beperkt voor vergoeding in aanmerking komt. In het daaropvolgende arrest *Rutten/Breed* blijkt de Hoge Raad echter geen belangrijke verandering ten opzichte van de situatie daarvoor te beogen. Volgens de Hoge Raad moet worden aangenomen dat de wetgever van opvatting was en ook beoogde dat in de praktijk toepassing van de nieuwe maatstaf tot een gelijksoortig resultaat zou leiden als de toepassing van de oude maatstaf (r.o. 3.5.5). De Hoge Raad wijst er op dat de rechter bij de begroting van de schade op grond van art. 6:97 BW veel vrijheid toekomt. Gesteld wordt dat de rechter “bij de begroting van de schade zich in een geval als dit steeds nauwkeurig rekenschap dient te geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen, en dat hij daarvan in zijn beslissing ook verantwoording dient af te leggen op zodanige wijze dat voldoende inzicht wordt gegeven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid. Hij moet de vergoeding dan ook relateren aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen en aan de daaruit voor de werknemer voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen. Dit laat overigens onverlet dat art. 6:97 BW de rechter vrij laat de hoogte van de vergoeding uiteindelijk naar billijkheid op een bedrag te begroten” (r.o. 3.5.6).

Ook al beoogt de Hoge Raad geen verandering, in de literatuur is toch geconcludeerd dat de rechter voortaan veel meer dan voorheen zal moeten zoeken naar concrete schade.³³¹ De grootste verandering die het aanknopen bij boek 6 BW mee kan brengen zit mijns inziens in het feit dat de regels van Boek 6 Titel 1 Afdeling 10 BW in beginsel geen grondslag bieden voor een belangenafweging in de zin zoals omschreven onder art. 7:681 lid 2 sub b BW. Het uitgangspunt van deze regels is namelijk dat er een verwijtbare gedraging is, zoals een wanprestatie of een onrechtmatige daad, waarvan de gevolgschade vastgesteld moet worden. Dat is te zien aan art. 6:98 BW. Volgens dit artikel komt alleen voor vergoeding in aanmerking de schade, die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat zij de schuldenaar [...] als gevolg van deze gebeurtenis kan worden aangerekend. Bij het volgen van dit uitgangspunt valt niet goed in te zien hoe in het geval de werkgever niets te verwijten valt, nog plaats kan zijn voor een schadevergoeding. Daartegenover staat art. 7:681 lid 2 sub b BW, volgens welke de kennelijke onredelijkheid gebaseerd kan worden op de wanverhouding tussen de belangen van de werknemer bij het behoud van zijn baan en de belangen van

329 Zie bv. A-G Keus bij HR 17 oktober 1997, JAR 1997/245 (*Schoonderwoert/Schoonderwoerd*). In deze uitspraak was het nieuw ingevoerde artikel 1639s (thans 681) nog niet van toepassing en was op anticipatie geen beroep gedaan.

330 Vgl. Buijs 2010, die overgang naar een schadebegroting conform Boek 6 betreurt maar bindend acht ook al heeft de wetgever dit niet bedoeld (p. 42); en Heerma van Voss e.a. 2010.

331 Buijs 2010, p. 42 en p. 49; Heerma van Voss e.a. 2010.

de werkgever bij zijn ontslag, zodat een schadevergoeding op zijn plaats kan zijn ook al ontbreekt een verwijt aan de werkgever.

Aangezien de schade wegens de kennelijke onredelijkheid van het ontslag dient aan te sluiten op de redenen waarom het ontslag kennelijk onredelijk was,³³² rijst de vraag hoe deze paradox kan worden opgelost. Om zowel de mogelijkheid van een belangenafweging als grondslag voor een vergoeding als de verwijzing naar Boek 6 Titel 1 Afdeling 10 BW te behouden, kan worden aangeknoopt bij het arrest *Schoonderwoert/Schoonderwoerd*, op grond waarvan het verwijt aan de werkgever kan worden geformuleerd als 'het niet compenseren van de wanverhouding' tussen de belangen van de werkgever en de werknemer, en de vergoeding vervolgens op basis daarvan naar billijkheid te begroten.³³³ Het arrest *Rutten/Breed* biedt mijns inziens ruimte voor een dergelijke interpretatie. Volgens dat arrest heeft de rechter immers een grote mate van vrijheid bij de begroting van de schade als gevolg van een kennelijk onredelijk ontslag. Wel dient hij zich steeds nauwkeurig rekenschap te geven en verantwoording af te leggen van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen. Dat staat in mijn ogen echter niet gelijk aan het vereiste dat de schade zelf ook concreet zou moeten worden vastgesteld.

Op deze wijze behoudt de begroting van de kennelijk-onredelijk-ontslag-vergoeding mijns inziens het hybride karakter van een kruising tussen de 'normale' begroting van schade als gevolg van bijvoorbeeld wanprestatie, die wordt gebaseerd op boek 6 Titel 1 Afdeling 10 BW, en de vergoeding zoals die wordt verleend bij opzegging van duurovereenkomsten, die wordt gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).³³⁴

Ontbindingsvergoeding

Bij de ontbinding wordt de vaststelling van de vergoeding zoals bekend veelal bepaald middels het gebruik van de Aanbevelingen van de kring van kantonrechters. Daarin wordt de afweging uitgedrukt in de formule A (naar leeftijd gewogen anciënniteit) $\times B$ (Beloning) $\times C$ (Correctiefactor). Hoe komen de drie toetsen daarin tot uitdrukking?

De afweging van verwijten over en weer staat centraal bij de C -factor. Uitgangspunt bij een werkgeversverzoek is $C=1$. Die factor kan lager uitvallen als de ontbindingsgrond "in de risicosfeer" van de werknemer ligt en hoger als de ontbindingsgrond

332 HR 4 juni 1976, NJ 1977, 98: 'De hoogte van deze vergoeding houdt uiteraard nauw verband met de omstandigheden die de rechter tot zijn oordeel over de kennelijke onredelijkheid van het ontslag hebben geleid, en is mede afhankelijk van omstandigheden zoals de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en diens kans op het vinden van ander passend werk'.

333 Bouwens 2008, p. 14, onder verwijzing naar HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266 (*Schoonderwoert/Schoonderwoerd*). De kennelijke onredelijkheid van de handelwijze van de werkgever kan gelegen zijn in een verplichting op grond van het goed werkgeverschap, namelijk 'diens veronachtzaming van de onevenredigheid tussen zijn eigen belang bij beëindiging van de dienstbetrekking en de toen te verwachten nadelige gevolgen ervan'.

334 Vgl. Cremers 2010, die de vergoeding wil vaststellen op de wijze zoals gebruikelijk bij de opzegging van duurovereenkomsten, maar het verwijtbaarheidsaspect daarmee dus negeert.

“in de risicosfeer” van de werkgever ligt (Aanbeveling 3.4). Waarschijnlijk ziet het begrip risicosfeer hier zoals vermeld op de toerekening van de oorzaak van het feit dat de arbeidsovereenkomst niet meer kan worden voortgezet. Er wordt rekening gehouden met gradaties van verwijtbaarheid bij de toerekening: “Is er sprake van verwijtbaarheid aan de zijde van één van de partijen dan wel van verwijtbaarheid over en weer, dan wordt de ernst van de verwijten via de C-factor tot uitdrukking gebracht” (3.4 lid 3). De verwijtbaarheidstoets wordt dus uitgevoerd, evenals de proportionaliteitstoets, voor zover het gaat om de afweging van verwijten en risicosferen over en weer.

Voor de andere proportionaliteitstoetsen, bijvoorbeeld de afweging van de tekortkoming van de werknemer tegen de staat van dienst of de afweging van belangen bij het ontslag, is niet expliciet plaats ingeruimd in de kantonrechtersformule. Elementen die bij de staat van dienst en de belangenafweging relevant kunnen zijn worden wel gebruikt, namelijk de duur van het dienstverband, de leeftijd en de hoogte van het salaris. Daarmee vinden ruwweg het opgebouwde krediet, de arbeidsmarktpositie van de werknemer en de financiële gevolgen van het ontslag op gestandaardiseerde wijze uitdrukking. Het staat de rechter uiteraard vrij om een verdergaande proportionaliteitstoets uit te voeren,³³⁵ aangezien aanbeveling 3.4.4 de mogelijkheid biedt om de C-factor af te stemmen op de bijzondere omstandigheden van het geval. Benoemde omstandigheden betreffen echter slechts de arbeidsmarktpositie van de werknemer³³⁶ en de (slechte) financiële positie van de werkgever. Is er een sociaal plan, dan wordt deze in beginsel als standaard aanvaard, tenzij dit leidt tot evident onbillijke uitkomsten (3.7). De rechter wordt derhalve niet aangemoedigd om een geïndividualiseerde proportionaliteitstoets een belangrijke rol te laten spelen, en in de praktijk lijkt dat ook niet vaak het geval.³³⁷

Een toets die lijkt op een ‘continuïteitstoets’ wordt in de Aanbevelingen ten slotte niet genoemd. Dat is ook begrijpelijk, omdat die toets zal zijn uitgevoerd bij de vraag of er ontbonden moet worden. Eventuele verwijtbaarheid van de werknemer en de werkgever bij het niet herstellen van de productiviteit van de werknemer kan overigens wel tot uitdrukking komen in de C-factor.

Er is kortom een opmerkelijk verschil tussen de rol van de proportionaliteitstoets bij de vaststelling van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding en de ontbindingsvergoeding. Bij de kennelijk-onredelijk-ontslagvergoeding is de proportionaliteitstoets de belangrijkste toets, althans als men de begroting van de ontslagvergoeding laat aansluiten bij het gevolgcriterium in art. 7:681 lid 2 sub b BW. Dat biedt veel ruimte om alle individuele omstandigheden en kenmerken van de werknemer en de werkgever mee te wegen. Bij de Aanbevelingen inzake de ontbindingsvergoeding

335 Zie in die zin Hof Den Haag 20 januari 2009, *LJN* BH0254.

336 Zie over het ontbreken hiervan in de Aanbevelingen van voor oktober 2008: Bouwens 2008, p. 30.

337 Vgl. M. von Bergh e.a. 2009: bij het bepalen van de C-factor speelt in 15% van de gevallen de financiële of arbeidsmarktpositie van de werknemer een rol, in 4% diens arbeidsongeschiktheid, en in 6% overige omstandigheden; de omstandigheden van de werkgever spelen in 17% van de gevallen een rol.

daarentegen spelen de individuele omstandigheden van het geval slechts expliciet een rol bij het beoordelen van de verwijtbaarheid van de werknemer en de werkgever. Een volledige proportionaliteitstoets, met inbegrip van het gevolgcriterium en de staat van dienst, wordt niet aangemoedigd. Het gestandaardiseerd meewegen van leeftijd, anciënniteit en salaris zorgt intussen wel voor een significant hogere vergoeding dan bij kennelijk onredelijk ontslag.³³⁸

Met het gebruik van deze factoren wordt vermoedelijk uitdrukking gegeven aan de gedachte dat het ontslag ingrijpender is naarmate men langer in dienst is, ouder is, en een hoger salaris te verliezen heeft. Door deze factoren te standaardiseren, wordt enerzijds geabstraheerd van de daadwerkelijke ingrijpendheid van het ontslag voor de werknemer. Zoals vermeld worden anderzijds aan de bewijslast van de werkgever voor zijn belang bij het ontslag vermoedelijk meestal ook geen hoge eisen gesteld. Bij ontbinding is derhalve geen sprake van een daadwerkelijke belangenafweging, maar slechts van een abstracte. Dat kan betekenen dat een hoge vergoeding wordt gegeven aan iemand, voor wie de ingrijpendheid van het ontslag gering is ten opzichte van het belang van de werkgever bij het ontslag, en andersom. Standaardisering van ontslagvergoedingen biedt uiteraard ook voordelen, zoals rechtszekerheid en ontlasting van de rechterlijke macht.³³⁹ De lasten van disproportionaliteit zijn daaraan inherent.

9.7.10 Conclusie

Het ontslagrecht vertoont oppervlakkig gezien veel overeenkomsten met de rechtsregels voor beëindiging van duurovereenkomsten. Toch zijn er belangrijke verschillen. Zo zijn de meeste rechtsregels inzake ontslag dwingend recht. Ook heeft de werkgever te maken met een preventieve toets bij opzegging, die niet bestaat bij opzegging van een duurovereenkomst. Daar staat tegenover dat de beëindiging door ontbinding in het arbeidsrecht een snelle oplossing is met relatief veel rechtszekerheid. Die snelle oplossing bestaat niet bij beëindiging van (onbenoemde) duurovereenkomsten.

Inhoudelijk gezien zijn er ook verschillen in de afweging van omstandigheden bij de vraag of ontslag of een ontslagvergoeding in de rede ligt. Bij de vraag of ontslag wegens een tekortkoming in de rede ligt, kunnen veel meer omstandigheden ten gunste van de ontslagen partij worden betrokken dan bij de vraag of er grond is voor ontbinding wegens een tekortkoming. Daaronder vallen ook persoonlijke omstandigheden. Persoonlijke omstandigheden kunnen in het arbeidsrecht bijvoorbeeld een tekortkoming rechtvaardigen, ook al waren deze omstandigheden te voorzien of

338 Vgl. Bouwens 2008, p. 27: 8700 euro bij opzegging vs. 33.000 euro bij ontbinding. Zowel de toenmalige ministers De Geus als Zalm hebben aangekondigd dat de ontbindingsvergoeding krachtens de kantonrechtersformule te hoog is en dient te worden gehalveerd (Minister Zalm op 1 oktober 2003, *Handelingen II* 2003/04, p. 8-385 (algemene beschouwingen Financiën) en op 11 oktober 2003, *Handelingen I* 2003/04, p. 6-310, Minister de Geus op 22 oktober 2003, *Handelingen II* 2003-04, p. 14-856 en op 4 december 2003, *Handelingen II* 2003/04, p. 33-2289).

339 Vgl. Duk 2008, p. 207.

te voorkomen. Ook kan de werkgever het verwijt treffen, dat hij onvoldoende heeft gedaan om de tekortschietende werknemer die in moeilijke persoonlijke omstandigheden verkeert, te helpen productief te blijven. Dit kan een ontslag in de weg staan. Persoonlijke omstandigheden kunnen ten slotte een ontslag wegens een tekortkoming van de werknemer in de weg staan omdat de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te zwaar zijn in verhouding tot het belang van de werkgever bij ontslag. Persoonlijke omstandigheden van de werknemer kunnen derhalve op verschillende manieren meewegen. Dit kan botsen met rechtvaardigheidsopvattingen volgens welke de omstandigheden uit de risicosfeer of privésfeer van de werknemer voor diens eigen rekening moeten blijven.³⁴⁰

In het algemene contractenrecht daarentegen zijn de gevolgen van de ontbinding wegens wanprestatie, waaronder de persoonlijke gevolgen, niet relevant, zodra vaststaat dat er een tekortkoming is. Bij het ontbreken daarvan kan worden opgezegd. Bij opzegging van een duurovereenkomst zijn de persoonlijke belangen van de wederpartij wel weer relevant, en kunnen ze worden afgewogen tegen de belangen van de opzeggende partij. Bijzonder in het arbeidsrecht is dus vooral de combinatie van de verwijtbaarheidstoets en de belangenafweging bij een persoonsgebonden ontslag. In het algemene contractenrecht komen die twee toetsen naar mijn weten niet gezamenlijk voor. Daarmee is het ontslagrecht bij uitstek een leerstuk waarin sprake is van werknemersbescherming. De vraag rijst echter, op welke manier de werknemer als gevolg daarvan beschermd wordt.

Betoogd is, dat de belangrijkste toets die wordt uitgevoerd bij de vraag of ontslag in de rede ligt niet gelegen is in de verwijtbaarheidstoets of de proportionaliteitstoets. De belangrijkste rol is in de praktijk vermoedelijk weggelegd voor de continuïteitstoets, dat wil zeggen de vraag, of partijen nog zinvol met elkaar kunnen samenwerken, al dan niet na aanpassing van de arbeid. Als dat niet meer kan, dan laat de rechter of het UWV de overeenkomst in de meeste gevallen eindigen. Kan dat niet meer wegens een dringende reden, bijvoorbeeld omdat de werknemer het vertrouwen in hem onherstelbaar heeft beschadigd, dan is er geen recht op vergoeding. Was er geen dringende reden, maar was de breuk toch noodzakelijk vanwege een gebrek aan wederzijds vertrouwen of vanwege gebrek aan werk, dan moet eventuele disproportionaliteit tussen ontslag en ontslaggrond maar worden uitgedrukt in de hoogte van een vergoeding.

Anders gesteld leiden de belangenafweging door de ontbindingsrechter en door het UVW bij de vraag of een arbeidsovereenkomst mag eindigen, meestal tot de conclusie dat het belang van de werkgever bij de vrije organisatie van zijn onderneming zwaarder weegt dan de individuele belangen van de werknemer bij het behoud van zijn baan. Weliswaar is de werkgever gehouden om zijn belangen bij het ontslag

³⁴⁰ Deze opvatting is te vinden in de Aanbevelingen, waar immers het feit dat een ontbindingsgrond in de risicosfeer van de werknemer valt, aanleiding is om C op 0 te stellen (Aanbeveling 3.4.2). Ook in jurisprudentie inzake kennelijk onredelijk ontslag valt deze opvatting te signaleren bv. Hof Den Haag 4 november 2008, *LJN* BG4566 (kennelijk onredelijk ontslag, epilepsie weegt niet mee wegens eigen risicosfeer werknemer).

aannemelijk te maken, maar hoge eisen worden daar niet aan gesteld. Het individuele belang van de werknemer bij het behoud van zijn baan weegt daar niet vaak tegenop als het gaat om de vraag of de overeenkomst mag eindigen. Wel kan de wanverhouding tussen de belangen van de werkgever en de belangen van de werknemer leiden tot een vergoeding.

Volgens art. 7:681 lid 2 sub b BW kan de kennelijke onredelijkheid van de opzegging inderdaad bestaan uit een wanverhouding tussen de belangen van de werkgever bij ontslag tegen de persoonlijke belangen van de werknemer bij het behoud van zijn baan.

Dit lijkt op de belangenafweging bij opzegging van duurovereenkomsten. De Hoge Raad heeft aangegeven dat een vergoeding om die wanverhouding te compenseren moet worden begroot conform de regels van boek 6 Titel 1 Afdeling 10 BW. Uitgangspunt van die regels is dat er een gebeurtenis is, waarvan de gevolgen aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend. Terwijl de vraag, of het ontslag kennelijk onredelijk was, mag worden beantwoord met een verwijtbaarheidstoets en een proportionaliteitstoets, zou het gevolg daarvan kunnen zijn dat de begroting van de ontslagvergoeding beperkt moet blijven tot de uitkomsten van de verwijtbaarheidstoets. Of dit echt zo uit zal pakken staat echter nog niet vast. Een lezing van de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding nog wel een combinatie is van het begroten van schade wegens wanprestatie enerzijds en het afwegen van belangen anderzijds, is ook mogelijk. De toerekenbare gebeurtenis kan namelijk bestaan uit het niet compenseren van de wanverhouding tussen de belangen van de werkgever bij het ontslag en de belangen van de werknemer bij het behoud van zijn baan.

Bij ontbinding is de berekening van vergoedingen, anders dan in het algemene contractenrecht, gestandaardiseerd met behulp van formules. Daarin spelen individuele kenmerken en omstandigheden van de werknemer een relatief kleine rol, maar de standaardisering leidt wel tot relatief hoge vergoedingen. Een principieel verschil met het algemene contractenrecht is bovendien, dat bij een ontslag wegens een tekortkoming een vergoeding kan worden toegekend aan de tekortkomende partij. Dit gebeurt vooral als de tekortkoming de werknemer niet of verminderd kan worden verweten. In het algemene contractenrecht zou dan sprake zijn van een 'beëindiging met gesloten beurzen'.

Kort samengevat verliest de werknemer doorgaans zijn baan als volgens de werkgever het vertrouwen in de werknemer ontbreekt of als er volgens de werkgever onvoldoende werk is. Een eventuele wanverhouding tussen de belangen van de werknemer en de belangen van de werkgever bij het ontslag kan worden gecompenseerd door middel van een, vaak gestandaardiseerde, vergoeding.

9.8 Vergelijking met het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht

In het voorgaande is de risicoverdeling tussen de belangen van werkgevers en al dan niet persoonlijke belangen van werknemers in grote lijnen geschetst. Nu kan worden

beoordeeld, in hoeverre het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht hier vanaf wijkt, en in hoeverre dat recht derhalve (nog) belastender is voor werkgevers dan het arbeidsrecht doorgaans is.

De bescherming van de belangen van werknemers is een belangrijk kenmerk van dwingendrechtelijk arbeidsrecht, zo is gebleken in dit hoofdstuk. Dwingendrechtelijk arbeidsrecht is uit de aard der zaak belastender voor werkgevers dan het regelende algemene contractenrecht. Dat recht beschermt bovendien niet zelden belangen van werknemers die persoonlijk kunnen worden genoemd. Daarbij gaat het niet alleen om de bescherming van tijd om er een privéleven op na te kunnen houden, maar bijvoorbeeld ook het belang bij lichamelijke integriteit en veiligheid en het belang om in zijn onderhoud te kunnen voorzien en niet abrupt uit de werkring gestoten te worden. Het feit dat het dwingendrechtelijke responsieve arbeidstijden- en verlofrecht persoonlijke belangen beschermt, is in die zin niet heel bijzonder aan dat recht.

Een volgend verschil met het algemene contractenrecht betreft het feit dat in het gewone arbeidsrecht belangrijke delen van de bescherming van persoonlijke belangen van werknemers zijn gestandaardiseerd, zonder dat er veel ruimte is voor variatie op grond van individuele omstandigheden. Dit geldt voornamelijk voor ontslagbescherming. Deze bescherming is gestandaardiseerd bijvoorbeeld voor wat betreft de opzegtermijnen, de selectie van werknemers voor bedrijfseconomisch ontslag, de vergoedingen bij het niet in acht nemen van de opzegtermijn en de berekening van de ontbindingsvergoeding. In het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht zijn de verplichtingen van de werkgever soms geïndividualiseerd, dat wil zeggen dat ze afhangen van de behoefte van de werknemer. Daarom zijn ze onvoorspelbaar voor wat betreft de vraag wanneer ze zich voor zullen doen, en voor wat betreft de omvang. Dat is in die zin wel bijzonder. Anderzijds kent het gewone arbeidsrecht ook relatief veel vage normen. Bij de uitleg van die normen is de rechter veelal gehouden om rekening te houden met 'alle omstandigheden van het geval'. Ook het geïndividualiseerde karakter maakt het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht systematisch gezien dus niet uniek.

Het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht is systematisch gezien wel bijzonder omdat de individuele werknemer de werkgever op grond van het responsieve arbeidstijden- en verlof recht kan dwingen zijn organisatie aan te passen. Bij de invulling van veel open normen in het arbeidsrecht is de rechter juist geneigd om het belang van de vrije organisatie van de onderneming zwaar te laten wegen. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de toets die de Hoge Raad aanlegt voor de gezagsuitoefening: de gezagsuitoefening moet weliswaar vol getoetst worden, maar daarbij moet wel rekening gehouden worden met de beleidsvrijheid van de werkgever. De gezagsbevoegdheid strekt zich vermoedelijk zelfs uit tot buiten de overeenkomst, als de werkgever meent dat dat nuttig is voor zijn bedrijf. De vrije organisatie van de onderneming is bovendien zo belangrijk, dat de werkgever op grond van een beleidswijziging een voorstel tot wijziging van de overeenkomst aan de werknemer mag voorleggen, die dan redelijkerwijs verplicht is over dit voorstel te overleggen of

het te aanvaarden. Ook is de ontbindingsrechter geneigd om de arbeidsovereenkomst te ontbinden zodra de werkgever daarom verzoekt, net als dat het UWV de meeste verzoeken om een ontslagvergunning toewijst.

In het dwingende arbeidsrecht is de bescherming van de persoonlijke belangen van de werknemer een belangrijke doelstelling. In de toepassing van het recht buiten het dwingende recht om door de rechter, heeft het belang van de werkgever bij de vrije organisatie van zijn onderneming ook veel gewicht. Het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht beschermt vooral de vrijheid van de werknemer om zijn gezinsleven naar zijn behoefte te organiseren. Daarmee maakt het inbreuk op de vrijheid van de werkgever om zijn organisatie naar eigen inzicht te organiseren. Het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht maakt derhalve niet alleen inbreuk op het beginsel van contractvrijheid, zoals betoogd in hoofdstuk 9. Het maakt ook inbreuk op de in het arbeidsrecht belangrijke waarde van de vrije organisatie van de onderneming.

9.9 Conclusie hoofdstuk 9

Het arbeidsrecht wordt volgens velen in het bijzonder gekenmerkt door de doelstelling werknemers te beschermen of de machtsongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer te compenseren. De vraag in dit hoofdstuk was in hoeverre in het arbeidsrecht inderdaad door de wetgever of de rechter systematisch wordt afgeweken van het neutrale systeem van het contractenrecht ten gunste van de werknemer.

Ten eerste is onderzocht, in hoeverre in het arbeidsrecht door de wetgever of de rechter systematisch wordt afgeweken van het beginsel van gebondenheid aan de overeenkomst. Net als in het gewone contractenrecht geldt ook in het arbeidsrecht in beginsel de regel dat partijen gebonden zijn aan gemaakte afspraken. Van dat uitgangspunt wordt soms afgeweken door de rechter, bijvoorbeeld door nietigverklaring van bepaalde bedingen of afspraken. In die gevallen wordt de binding aan het contract gerelativeerd. Daarbij blijkt het vaak te gaan om het relativeren van bedingen waarmee belangrijke onderdelen van dwingendrechtelijke ontslagbescherming van de werknemer zouden kunnen worden omzeild. De rechter toont zich aldus loyaal aan het dwingende ontslagrecht, zonder dat gezegd kan worden dat de rechter zelf een autonome afweging heeft gemaakt tussen het belang van de werkgever bij het ontslag en de belangen van de werknemer bij het behoud van zijn baan. Buiten het ontslagrecht komt het minder vaak voor dat de rechter werknemers niet aan een afspraak houdt. Werknemers zijn bijvoorbeeld doorgaans gebonden aan incorporatiebedingen of wijzigingsbedingen, ook al is een dergelijk beding duidelijk niet in hun voordeel gemaakt en pakt het in een gegeven geval ongunstig voor hen uit. Het leerstuk misbruik van omstandigheden wordt ook in het arbeidsrecht niet gebruikt om structurele economische machtsongelijkheid mee te compenseren. De voorbeelden waarin de Hoge Raad de werknemer duidelijk op grond van 'autonome' overwegingen in bescherming neemt bij de vaststelling van contractuele verplichtingen zijn niet bijzonder talrijk. De voorbeelden betreffen veelal vrij specifieke bedingen of specifieke situaties, zoals het beroep op een

studiekostenbeding. Een belangrijke uitzondering geldt voor de langdurig arbeidsongeschikte werknemer die de werkgever een redelijk voorstel tot het verrichten van passende arbeid doet.

Uit de rechtspraak blijkt voorts dat bescherming van de werknemer niet de enige waarde is die een rol speelt bij de vaststelling of uitleg van contractuele verplichtingen. Ook het belang van de werkgever of het belang bij maatschappelijke ordening kan een rol spelen. Er zijn uitspraken waarin de relativering van de overeenkomst niet ten gunste van de werknemer, maar ten gunste van de werkgever uitvalt. Een belangrijk voorbeeld daarvan is de verplichting van een goede werknemer om in het algemeen positief in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, tenzij dit redelijkerwijs niet van hem gevergd kan worden. De zogeheten *taxi/Mammoet*-regel is een duidelijk voorbeeld van relativering van de bindende kracht van de overeenkomst ten gunste van de werkgever. Deze regel van goed werknemerschap kan gelezen worden als een instrument voor contractuele flexibiliteit voor de werkgever, dat in het verlengde ligt van de gezagsbevoegdheid. De ratio van de *taxi/Mammoet*-regel ligt op grond van deze lezing in de waarde die wordt gehecht aan de vrijheid van de werkgever om zijn organisatie zo in te richten als hem het beste voorkomt.

Ten tweede is onderzocht hoe de grenzen van de gezagsbevoegdheid worden getrokken, en in welke mate de persoonlijke belangen van de werknemer beschermd worden tegen een (te) ruim gebruik van het instructierecht door de werkgever. De grenzen van de gezagsbevoegdheid zijn gelegen in de wet, de overeenkomst, de rechtmatigheid en de redelijkheid van de gezagsuitoefening. De wet bevat veel dwingend recht waar het gaat om veiligheid en gezondheid, werkhervatting van gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers, en arbeidstijden. Daarmee is de belasting van de werkgever ten behoeve van veiligheid, arbeidsparticipatie van arbeidsongeschikten en de afstemming tussen werk en privé relatief zwaar te noemen. De grenzen aan disciplineren van gedrag, teneinde belangen te beschermen als autonomie, informationele privacy en vrije expressie, zijn door de wetgever veel minder gereguleerd. De wet bevat vooral randvoorwaarden voor disciplineringsvoorschriften, zoals zorgvuldige gegevensbewerking, informatieplicht, overleg met werknemersvertegenwoordigers, en gelijke behandeling. Deze regels hebben gemeen dat handhaving ervan door individuele werknemers niet eenvoudig is.

Waar het gaat om de rechtmatigheid en de redelijkheid van de gezagsuitoefening binnen de grenzen van de (dwingendrechtelijke) bescherming van de wet, is de bescherming van de werknemer evenmin zwaar te noemen. De Hoge Raad is geneigd het bedrijfsbelang bij voorbaat zwaar te laten wegen ten opzichte van persoonlijke belangen. De rechtmatige uitoefening van de gezagsbevoegdheid houdt bijvoorbeeld vermoedelijk niet op bij de grens van werkplek en werktijd. Het belang van de werkgever bij de beperking van de vrijheid van de werknemer in zijn vrije tijd hoeft niet zeer zwaarwichtig te zijn. Vrees voor imagoschade kan bijvoorbeeld voldoende zijn. Bij het toetsen van de redelijkheid van voorschriften moet weliswaar

vol getoetst worden aan de normen van goed werkgeverschap, maar daarbij moet rekening worden gehouden met de beleidsvrijheid van de werkgever. Alleen een zwaarwichtig persoonlijk belang van de werknemer kan weigering van een redelijke instructie rechtvaardigen. Wel moet de werkgever zich houden aan zorgvuldigheidsvoorschriften, zoals het aanhoren van de bezwaren van de werknemer. Niettemin is er soms sprake van een 'volle' redelijkheidstoets van afspraken of regelingen die de persoonlijke levenssfeer van de werknemer raken, zoals ziekteverzuimprotocollen of verslavingsbeleid.

Al met al geldt zowel bij de gebondenheid aan het contract als de gebondenheid aan de instructie, dat de bescherming van persoonlijke belangen van de werknemer in belangrijke mate kan worden ontleend aan de wet, en veel minder aan jurisprudentie. De werkgever heeft volgens art. 7:610 BW en art. 7:660 BW zeggenschap over de wijze waarop de verplichtingen van de werknemer worden ingevuld. De werkgever krijgt van de Hoge Raad veel ruimte om naar eigen inzicht gebruik te maken van deze zeggenschap.

Als keerzijde van de ruime gezagsbevoegdheid kan gezien worden de eveneens relatief ruime aansprakelijkheid voor schade ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden. De Hoge Raad heeft deze aansprakelijkheid zelfs uitgebreid naar werkgerelateerde situaties waarin strikt genomen geen sprake was van uitoefening van werkzaamheden. Als keerzijde van de ruime gezagsbevoegdheid kan ook gezien worden de risicoregeling in art. 7:628 BW. Deze wijkt af van de uitleg van het leerstuk schuldeisersverzuim in het algemene contractenrecht, omdat er niet per se wordt aangeknoopt bij de daarbij gebruikelijke elementen als de keuze tussen schuldeisersverzuim en schuldenaarsverzuim, overmacht, etc. De toepassing van de risicoregeling in plaats van de aanknopingspunten in het algemene contractenrecht werkt in veel gevallen relatief gunstig voor de werknemer. Ook als de werknemer zelf een bijdrage heeft geleverd aan de oorzaak voor het niet-werken, heeft hij in een aantal gevallen toch recht op loondoorbetaling. Voorwaarde voor een recht op loon blijft wel dat er een oorzaak voor het niet-werken toe te rekenen valt aan de werkgever, zoals een schorsing of het niet aanvaarden van een aanbod om passende arbeid te verrichten. Soms valt de risicoregeling echter ten gunste van de werkgever uit, zoals in het geval van werkwilligen bij georganiseerde staking, en in het geval van het niet verrichten van bedongen arbeid terwijl andere, passende arbeid is aangeboden. Bovendien kan de loonvordering in het geval van een nietig ontslag worden gematigd ten gunste van de werkgever.

Het ontslagrecht staat bekend als de belangrijkste bescherming die het arbeidsrecht de werknemer te bieden heeft. De vraag was, in welke mate de persoonlijke omstandigheden van de werknemer aanleiding geven tot extra bescherming. Het ontslagrecht vertoont oppervlakkig gezien veel overeenkomsten met de rechtsregels voor beëindiging van duurovereenkomsten. Toch zijn er belangrijke verschillen. Zo zijn de meeste rechtsregels inzake ontslag dwingend recht. Ook heeft de werkgever te maken met een preventieve toets bij opzegging, die niet bestaat bij opzegging van een duurovereenkomst. Daar staat tegenover dat de beëindiging door ontbinding in

het arbeidsrecht een snelle oplossing is met relatief veel rechtszekerheid. Die snelle oplossing bestaat niet bij beëindiging van (onbenoemde) duurovereenkomsten.

Inhoudelijk gezien zijn er ook verschillen in de afweging van omstandigheden bij de vraag of ontslag of een ontslagvergoeding in de rede ligt. Bij de vraag of ontslag wegens een tekortkoming in de rede ligt, kunnen veel meer omstandigheden ten gunste van de ontslagen partij worden betrokken dan bij de vraag of er grond is voor ontbinding wegens een tekortkoming. Daaronder vallen ook persoonlijke omstandigheden. Persoonlijke omstandigheden kunnen in het arbeidsrecht bijvoorbeeld een tekortkoming rechtvaardigen, ook al waren deze omstandigheden te voorzien of te voorkomen. Ook kan de werkgever het verwijt treffen, dat hij onvoldoende heeft gedaan om de tekortschietende werknemer die in moeilijke persoonlijke omstandigheden verkeert, te helpen productief te blijven. Dit kan een ontslag in de weg staan. Persoonlijke omstandigheden kunnen ten slotte een ontslag op staande voet in de weg staan omdat de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te zwaar zijn in verhouding tot het belang van de werkgever bij ontslag. Persoonlijke omstandigheden van de werknemer kunnen derhalve op verschillende manieren meewegen.

Betoogd is echter, dat de belangrijkste vraag die gesteld wordt als de rechter of het UWV moet beoordelen of ontslag in de rede ligt, bestaat uit de vraag, of partijen nog zinvol met elkaar kunnen samenwerken, al dan niet na aanpassing van de arbeid. Als dat niet meer kan, dan laat de rechter of het UWV de overeenkomst in de meeste gevallen tot een einde komen. Kan dat niet meer wegens een dringende reden, bijvoorbeeld omdat de werknemer het vertrouwen in hem onherstelbaar heeft beschadigd, dan is er geen recht op vergoeding. Was er geen dringende reden, maar was de breuk toch noodzakelijk vanwege een gebrek aan wederzijds vertrouwen of vanwege gebrek aan werk, dan moet eventuele disproportionaliteit tussen ontslag en ontslaggrond maar worden uitgedrukt in de hoogte van een vergoeding. Anders gesteld leidt de belangenafweging door de ontbindingsrechter en door het UWV bij de vraag of een arbeidsovereenkomst mag eindigen, meestal tot de conclusie dat het belang van de werkgever bij de vrije organisatie van zijn onderneming zwaarder weegt dan de individuele belangen van de werknemer bij het behoud van zijn baan. Wel kan de wanverhouding tussen de belangen van de werkgever en de belangen van de werknemer leiden tot een vergoeding. Die vergoeding is gebaseerd op enerzijds de verwijten die de werkgever en de werknemer elkaar over en weer kunnen maken, en anderzijds op de belangen die de werkgever en de werknemer hebben bij het ontslag, respectievelijk het behoud van de baan. In het geval van de ontbindingsvergoeding is de mate waarin rekening wordt gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer grotendeels gestandaardiseerd. In het geval van de kennelijk-onredelijk-ontslagvergoeding is dat niet zo.

De voor het arbeidsrecht kenmerkend geachte werknemersbescherming of ongelijkheidscompensatie is vooral terug te vinden in de wet. In de jurisprudentie is de ongelijkheidscompensatie veel minder goed zichtbaar. Opvallend is daarin eerder het gewicht dat toekomt aan het belang van de werkgever bij vrije organisatie van zijn onderneming. Dit is een groot verschil met het responsieve arbeidstijden- en

verlofrecht. Daarin wordt immers juist een groot gewicht toegekend aan het belang van de werknemer bij de vrije inrichting van zijn gezinsleven.

De conclusie uit dit hoofdstuk, dat in het arbeidsrecht het belang van de werkgever bij vrije organisatie van zijn onderneming een belangrijke rol speelt, wordt in het volgende hoofdstuk nader onderbouwd door onderzoek naar de vraag wat volgens arbeidsrechtgeleerden de belangrijkste kenmerken of waarden in het arbeidsrecht zijn.

10

Persoonlijke belangen versus werkgeversbelangen in de arbeidsrechtelijke doctrine

10.1 Inleiding

De vraag die in dit systematische deel centraal staat, is hoe de afweging tussen de persoonlijke belangen van de werknemer en de (doorgaans economische) belangen van de werkgever doorgaans wordt gemaakt in het arbeidsrecht. Om begrip te krijgen voor de bijzondere aspecten van de risicoverdeling in het systeem van het arbeidsrecht, is ten eerste met behulp van een vergelijking met de 'neutrale' risicoverdeling in het algemene contractenrecht, de afwijkende risicoverdeling in het arbeidsrecht in grote lijnen in kaart gebracht. Dat heeft een typering van het arbeidsrecht opgeleverd zoals samengevat in par. 9.8.

Voor deze samenvatting van het positieve recht zal in dit hoofdstuk onderbouwing worden gezocht in de arbeidsrechtelijke doctrine. Omdat in die doctrine zelden in termen van de afweging tussen persoonlijke belangen en bedrijfsbelangen wordt gesproken, zal ik beschrijven op welke wijze arbeidsrechtgeleerden in de afgelopen eeuw het bijzondere aan het arbeidsrecht of delen van het arbeidsrecht hebben getypeerd. Daarbij ben ik uiteraard vooral benieuwd naar wat hun typering zegt over de afweging tussen persoonlijke belangen en bedrijfsbelangen. De vraag is in hoeverre die typeringen de in het vorige hoofdstuk gegeven samenvatting van het positieve recht ondersteunen. Ten slotte zal ik de gevonden systematische samenvatting van de afweging tussen persoonlijke belangen en bedrijfsbelangen in het arbeidsrecht vergelijken met de afweging in het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht.

10.2 Arbeidsrecht als contractenrecht

Een niet ongebruikelijke benadering in het arbeidsrecht is die waarin eerder de overeenkomsten met het gewone contractenrecht worden benadrukt, dan de verschillen. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de wet op de arbeidsovereenkomst van 1907, werd opgemerkt dat 'eene regeling van dit contract zich zoo nauw mogelijk behoort aan te sluiten en aan te passen aan den overigen privaatrechtelijken inhoud van het Burgerlijk Wetboek.'¹ Meijers wijst hierop in zijn

¹ Bles I, p. 111.

commentaar op deze wet.² Molenaar en Van der Grinten hechtten er decennia later nog immer aan te benadrukken, dat een van de meest fundamentele beginselen van de wet van 1907, het privaatrechtelijke karakter van de regeling was.³ Konijn merkt in haar studie naar de verhouding tussen het gewone contractenrecht en het arbeidsovereenkomstenrecht, in lijn hiermee als eerste kenmerk van het arbeidsovereenkomstenrecht aan, het civielrechtelijke karakter van de regeling en het feit dat deze is opgenomen in het BW.⁴ Ook Van Slooten en Bungener plaatsten hun studie naar respectievelijk het recht op loon en de wijziging van de arbeidsovereenkomst nadrukkelijk in het kader van het arbeidsrecht als deel van het vermogensrecht.⁵ Jansen concludeert in zijn rede over de historische wortels van de arbeidsovereenkomst, dat hij ook voor de huidige tijd de Romeinsrechtelijke, contractenrechtelijke visie voorop wil stellen.⁶

Een concreet voorbeeld waarin de gelijkenis tussen het gewone contractenrecht en het arbeidsrecht tot uitdrukking zou kunnen komen, is de uitleg van het 'goed werkgeverschap' en het 'goed werknemerschap' in vergelijking met de redelijkheid en billijkheid in het gewone contractenrecht. Van der Grinten zag inderdaad geen bijzondere rol weggelegd voor het beginsel van 'goed werkgeverschap' en 'goed werknemerschap' ten opzichte van de redelijkheid en billijkheid in het gewone privaatrecht.⁷ Dit standpunt komt men nog steeds tegen, niet in de laatste plaats in de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁸

Mogelijk gaat het hier voor de genoemde auteurs en ook voor de Hoge Raad om een standpunt, dat niet verder strekt dan de erkenning dat het algemene overeenkomstenrecht vanwege de gelaagde structuur van het BW, nu eenmaal ook relevant is voor het arbeidsovereenkomstenrecht. De gelijkenis tussen de redelijkheid en billijkheid en het goed werkgever- en werknemerschap betreft in dat licht wellicht slechts een wetstechnisch argument, inhoudende dat het bestaan van art. 6:2 en 248 BW, art. 7:611 BW strikt genomen overbodig maakt. Het benadrukken van de overeenkomsten in plaats van de verschillen tussen het gewone overeenkomstenrecht en het arbeidsrecht, kan echter ook opgevat worden als een normatief geladen standpunt. Schrijvers die dat voorstaan, willen wellicht ook in de arbeidsrelatie de nakoming van het contract als uitgangspunt hanteren, al dan niet inclusief de

2 Meijers 1912, p. 44-45. Vgl. voor deze indeling van Meijers bij de 'contractualisten' ook Jansen en Loonstra 1992, p. 65.

3 Molenaar 1957, p. 28; Van der Grinten 1982, p. 460.

4 Konijn 1999, p. 14 en par. 2.2.1.

5 Van Slooten 1999, p. 7; Bungener 2008.

6 Jansen 2003b, p. 25-26.

7 Van der Grinten 1966, p. 134-135.

8 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 m.nt. Stein (*Agfa/Schoolderman*); HR 30 januari 2004, JAR 2004/68 (*Parallel Entry/KLM*). Vgl. tevens Bouwens en Duk 2008, p. 62.

overeengekomen gehoorzaamheidsplicht van de werknemer. Een dergelijke benadering proeft men in sommige geschriften van Van der Grinten.⁹ Men verwacht soms dat een contractuele benadering van het arbeidsrecht meer ruimte biedt voor de behartiging van werkgeversbelangen. Zo onderzocht Van Slooten of toepassing van het vermogensrecht niet vaker een 'evenwichtig en controleerbaar' rechterlijk oordeel op zou kunnen leveren, dat minder eenzijdig de belangen van de werknemer zou beschermen.¹⁰

Deze normatieve lading van de 'contractuele' benadering van de arbeidsrelatie wordt niet steeds toegejuicht. Zo constateert F.J.H.M. van der Ven net als de eerder genoemde auteurs dat de regeling van de loondienstverhouding in wezen nog steeds teruggaat op '...de romeinsrechtelijke contractsconstructie, die de relatie tussen partijen oplost in het vermogensrechtelijke synallagma prestatie-contraprestatie.' Hij ziet echter schaduwkanten aan deze benadering: 'Het lijkt behalve een verouderde ook een harde zakelijke leer die de menselijke situatie in het arbeidsleven geheel miskent.'¹¹

Het zwarte beeld dat Van der Ven van de gewone contractenleer schetst, wordt door hemzelf reeds genuanceerd. De contractuele benadering heeft ook de werknemer iets te bieden. Juist het feit dat het om een contractuele relatie gaat (en niet om de 'verhuur' van een zaak of om slavernij), betekent dat de werknemer tot op zekere hoogte zijn persoonlijke vrijheid behoudt.¹² Ook anderen zien in de contractuele visie als het ware een 'sociaal potentieel'.¹³ De civilist Huls betoogde in 1997 dat arbeidsrechtjuristen om die reden juist inspiratie kunnen zoeken in het algemeen vermogensrecht.¹⁴ Dat is uiteraard in kringen van arbeidsrechtgeleerden niet over het hoofd gezien. Drucker meende bijvoorbeeld (ook al voor de totstandkoming van de wet op de arbeidsovereenkomst) dat juist de contractuele relatie meebrengt dat de werkgever aansprakelijk is uit wanprestatie voor schade opgelopen tijdens de dienstbetrekking. Volgens hem kan die contractuele verhouding namelijk zo uitgelegd worden dat de werkgever op zich neemt de werknemer weer ongeschonden af te leveren na gedane arbeid.¹⁵ Jansen heeft een voorkeur voor de contractenrechtelijke visie op de arbeidsovereenkomst in plaats van de (hierna te bespreken) paternalistische of institutionele visie, omdat dit de zekerheid en duidelijkheid in

9 Vgl. voor een illustratie van zijn opvattingen Van der Grinten 1982, p. 458-466. Daarin noemt hij contractvrijheid het uitgangspunt van het arbeidsrecht (p. 460), en toont zich vervolgens ongelukkig over vrijwel elke beperking van die vrijheid. In een ander werk heeft hij gepleit voor een terughoudende toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, ook in het arbeidsrecht (Van der Grinten 1966, p. 139).

10 Van Slooten 1999, p. 8; hij komt tot de conclusie dat dat niet het geval is onder andere omdat het arbeidsrecht juist een grotere flexibiliteit biedt voor de werkgever op grond van het Van der Lely/Taxi Hofman-arrest (p. 409-410).

11 Van der Ven 1972, p. 256.

12 Van der Ven 1972, p. 256; maar dat geldt volgens hem niet voor het 'gemeenschapsfacet van de loondienstverhouding', p. 260. Zie ook. Van der Ven 1971, p. 249-262.

13 Veneziani schetst bijvoorbeeld juist de liberale, contractuele leer als een bevrijding ten opzichte van de -volgens hem nog immer invloedrijke 'traditionele' paternalistische benadering. Zie Veneziani 2009, p. 100-102.

14 Huls 1997, p. 200.

15 Jansen en Loonstra 1992, p. 46.

het rechtsverkeer tussen werkgever en werknemer bevordert.¹⁶ Bungener benadrukt dat de verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, die zo sterk tot uitdrukking komt in het arbeidsrecht, net zo goed in het algemene contractenrecht voorkomt.¹⁷

Het benadrukken van de waarde van contractvrijheid en gebondenheid aan het contract wordt vaak gezien als een erfenis van de vrijheidsidealen uit de Verlichting, waarin men rechten en plichten in de economische sfeer bij voorkeur wilde baseren op de autonomie en de vrije wil van individuen, in plaats van op een bepaalde 'aangeboren' maatschappelijke status. Dergelijke idealen worden historisch gezien als liberaal aangeduid.¹⁸ Liberalen zijn echter niet over één kam te scheren. Behoudende liberalen als Thorbecke vonden in de loop van de negentiende eeuw meer progressieve liberalen tegenover zich.¹⁹ De behoudende liberalen verzetten zich, net als sommige confessionelen, in beginsel tegen staatsingrijpen middels dwingend recht in de economische sfeer, zoals in de arbeidsrelatie. De progressieve liberalen daarentegen speelden juist een belangrijke rol bij de totstandkoming van de eerste dwingendrechtelijke arbeidswetgeving in ons land.²⁰

In de literatuur zijn uiteraard ook tegengeluiden te vinden tegen de 'contractuele' visie op het arbeidsrecht, niet alleen waar het de normatieve waardering betreft, maar ook wat betreft de typering van het positieve arbeidsrecht. Veel auteurs lijken meer belang te hechten aan de mate waarin het arbeidsrecht van het algemene contractenrecht verschilt, dan aan de mate waarin het overeenkomt, zoals hierna zal blijken. De vraag of het arbeidsrecht zo bijzonder is, dat hij regeling zou moeten krijgen in een bijzonder wetboek, leeft mitsdien geregeld op in arbeidsrechtelijke geschriften.²¹ Zelfs werd aanvankelijk wel gedacht dat de regeling van de arbeidsverhouding zo bijzonder was, dat het eigenlijk geen recht was, maar eerder economische politiek of staathuishoudkunde.²² Vanwege het bijzondere karakter van het arbeidsrecht is volgens Heerma van Voss niet zelden sprake van exclusieve werking van dat recht, met uitsluiting van de gewone regels van boek 6 BW.²³ Hij wijst in dat verband bijvoorbeeld op de bijzondere invulling die art. 7:611 BW kan

16 C.J.H. Jansen, a.w. Hij doet deze uitspraak in de context van het debat over de betekenis van het Van der Lely/Taxi Hofman-arrest.

17 Bungener 2006, p. 365; de verplichting waar het hem om gaat is overigens vooral een werknemersverplichting, door hem ook wel aangeduid als 'coöperatiebeginsel'.

18 Veneziani 2009, p. 99-102.

19 Molenaar 1953, p. 341; Oud en Bosmans 1990, p. 114.

20 Zie voor de invloed van de progressieve liberalen Jansen en Loonstra 1992, inleiding en hoofdstuk I (Kerdijk, met name Arbeidswet 1889); en II (Drucker, met name wet op de Arbeidsovereenkomst 1907).

21 Zie De Gaay Fortman 1936, p. 9-10; hij noemt als medestanders van die gedachte Levenbach, F.H.J.M. Van der Ven, J.J.M. van der Ven; voorts Van den Heuvel 1983 (Stelling 1); Loonstra 1988, p. 549. Vgl. het overzicht van de discussie in Konijn 1999, p. 18-21.

22 Jansen en Loonstra 1992, p. 14; Levenbach 1966, p. 5, waarin hij memoreert dat er in 1926 bij zijn aantreden als hoogleraar arbeidsrecht door velen zo gedacht werd.

23 Heerma van Voss losbl., Commentaar op art. 7:610 BW, par. 2.1, toepasselijkheid algemeen vermogensrecht.

krijgen als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht.²⁴ Over die bijzondere invulling hebben velen zich uitgelaten, zoals hierna zal blijken.

10.3 Werknemersbescherming

10.3.1 Ongelijkheidscompensatie

Net als Van der Grinten, vergelijkt Bakels het arbeidsrecht met het algemene contractenrecht. Over het rechtvaardigheidsgehalte van het privaatrecht zegt hij, dat dit goeddeels afhankelijk is van de mate waarin tussen de betrokken partijen een machtsevenwicht bestaat.²⁵ De rechtsgrond van de contractvrijheid in het goederen c.q. rechtsverkeer is volgens hem gelegen in het verzekeren van een zo efficiënt mogelijke voorziening in de menselijke behoeften. Deze rechtsgrond kan volgens hem niet volgehouden worden zodra dit leidt tot bijvoorbeeld uitbuiting.²⁶ Een voorbeeld van een rechtsgebied waarin dat machtsevenwicht ontbreekt, is volgens hem het arbeidsrecht.

Bakels zoekt het bijzondere van het arbeidsrecht, met andere woorden, in de compensatie van de machtsongelijkheid tussen de arbeider en zijn werkgever. Deze gedachte wordt door velen gedeeld. Ongelijkheidscompensatie wordt vaak benoemd als het fundamentele of centrale beginsel in het arbeidsrecht.²⁷ In de parlementaire geschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst wordt gesteld: 'Het komt er ... op aan dat men het sluiten van zodanige contracten met genoegzame waarborgen omkleedt aan de zijde der zwakke partij waardoor deze de gelijke wordt harer wederpartij'.²⁸ De progressieve liberaal Drucker, de ontwerper van die wet, zag het bieden van bescherming tegen al te drukkende voorwaarden van de zwakkere partij bij de arbeidsovereenkomst als een belangrijke rechtsgrond voor het dwingendrechtelijk ingrijpen in de arbeidsverhouding.²⁹

De vraag is nu hoe die compensatie volgens arbeidsrechtsgeleerden tot uitdrukking komt in het recht. De ongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer bestaat onder andere uit een verschil in onderhandelingspositie. Deze kan worden gecompenseerd door een machtsevenwicht te bevorderen. Volgens Grapperhaus wordt de 'ruilrechtvaardigheid' die in het maatschappelijk verkeer een rol speelt, in het

24 Heerma van Voss 1999, p. 15; hij wijst op de toelichting van de nieuw-BW wetgever, waaruit blijkt dat de speciale vermelding van het goed werkgeverschap ziet op het feit dat niet alleen de bedoeling van partijen een rol speelt bij de uitleg van arbeidsrechtelijke verplichtingen, maar ook de voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 15.

25 Bakels 1965, p. 9.

26 Bakels 1965, p. 9.

27 Bv. Canes 1908, p. 5 (nog niet met het gebruik van die term); Rood 1998, p. 4; Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V*), p. 7, nr. 10; Betten e.a. 1997. Vgl. ook de eerste aanpassing van de aanbevelingen van de kring van kantonrechters van 17 april 1998 (*NJB* 1998, p. 969 e.v.) waarin is opgemerkt dat de ongelijkheidscompensatie 'de kern van het arbeidsrecht' vormt.

28 Bles I, p. 114.

29 Jansen en Loonstra 1992, p. 40.

arbeidsrecht 'vertaald' in ongelijkheidscompensatie.³⁰ Zo gezien slaat ongelijkheidscompensatie vooral op het compenseren van een zwakke onderhandelingspositie. Die compensatie komt volgens Bakels bijvoorbeeld tot uitdrukking in de Wet op de CAO of de Wet op het Algemeen Verbindend Verklaren van cao's, en in de WOR. Door onderhandelingen of overleg op een collectief niveau te faciliteren wordt immers het onderhandelingsevenwicht tussen werkgevers en werknemers bevorderd.³¹ Het kan ook terug gevonden worden in regels, waarmee de positie van de werknemer tijdens de dienstbetrekking wordt versterkt. Een belangrijk voorbeeld daarvan is het ontslagrecht. Daarmee kan de werknemer immers zijn rechten te gelde maken zonder te vrezen voor het behoud van zijn baan.

Met het fenomeen 'ongelijkheidscompensatie' wordt echter niet alleen bedoeld op regels die op deze 'formele' wijze machtsongelijkheid compenseren. Het begrip ongelijkheidscompensatie wordt door velen eerder gebruikt in de betekenis van 'werknemersbescherming'. De kern van het arbeidsrecht is volgens velen gelegen in de bescherming van de werknemer tegen de sterkere werkgever.³² Deze bescherming wordt vaak samengevat als 'ongelijkheidscompensatie'.³³ Ongelijkheidscompensatie wordt zodoende genoemd als achterliggende gedachte bij boek 7 BW,³⁴ en in het bijzonder bij uiteenlopende rechtsregels als de bescherming tegen ontslag en het recht op ontslagvergoeding,³⁵ de bescherming tegen bijzondere bedingen, beëindigingsovereenkomsten en inkomensbescherming bij ziekte.³⁶

10.3.2 Humanisering van de arbeid

Een internationaal gezien klassieke³⁷ verklaring voor het ingrijpen van de wetgever in de arbeidsrelatie die aansluit bij de gedachte van werknemersbescherming is het respect voor de menselijke waardigheid. Levenbach wees hier geregeld op. Hij heeft, als één van de grondleggers van het arbeidsrecht in Nederland, regelmatig zijn licht laten schijnen over het bijzondere karakter van de arbeidsovereenkomst. In zijn bekende 'kringenleer' benoemde hij als bijzonder element, dat de arbeidsverhouding betekenis heeft op verschillende kringen of in verschillende gemeenschappen: het individuele niveau van het contract tussen de werkgever en individuele werknemers, het niveau van de bedrijfshuishouding, de bedrijfstak, het niveau van de nationale gemeenschap en ten slotte de supra-nationale gemeenschap.³⁸ Bijzonder aan de individuele 'kring' is volgens hem, dat het recht 'eerbiediging vereist van de

30 Grapperhaus 2002.

31 Vgl. Bakels 1977, p. 416: hij ziet drie manieren om onvoldoende 'bargaining power' van de werknemer te compenseren: dwingendrechtelijke bescherming, bevorderen van collectieve onderhandelingen, en bevorderen van medezeggenschap.

32 O.a. Meijers 1912, p. 3; Duk 1986, p. 172; Geers 1990, p. 7 e.v.; Rood 2000, p. 117- 120; Verhulp 2003, p. 6; Loonstra en Zondag 2004, p. 33-34; Bakels, Asscher-Vonk en Bouwens 2009, p. 6.

33 Vgl. Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V*), p. 7; Loonstra en Zondag 2004, p. 23; p. 33.

34 Loonstra en Zondag 2004, p. 23.

35 Loonstra en Zondag 2000, p. 1267.

36 De voorbeelden zijn talrijk. Vgl. Loonstra en Zondag 2000, p. 1267; Dingemans en Van der Kind 2001; Heerma van Voss 1996, p. 286.

37 Hepple en Veneziani 2009, p. 4.

38 Levenbach 1958, p. 5. Het gaat mij hier vooral om de individuele kring en de bedrijfskring.

persoonlijke waarden en waardigheid'.³⁹ Dat persoonlijke element is, zo voegde F.J.H.M. van der Ven daar aan toe, uiteraard meer betrokken op de persoon van de werknemer, dan op de persoon van de werkgever.⁴⁰ In het arbeidsrecht worden normen gesteld, waardoor de werknemer een in de ogen van de wetgever of rechter menswaardig leven kan leiden. Voorbeelden die Levenbach daarvan in 1958 gaf, waren onder andere de loondoorbetaling bij ziekte en persoonlijke verhinderingen, de bescherming van veiligheid en beperking van de arbeidsduur, de plicht gelegenheid te geven voor de vervulling van godsdienstplichten en onderwijs, bepalingen over de verzorging en verpleging van inwonende arbeiders, maar ook het ontslagrecht, waardoor de werknemer beschermd werd tegen willekeur. Levenbach zag hier een duidelijk verschil met het gewone contractenrecht. 'Deze bepalingen, waar de concrete menselijke waarden een rol in spelen, tonen, dat naar onze wet het arbeidscontract nog iets anders is dan een do-ut-des vermogenssynallagma'.⁴¹ Ook op het niveau van de bedrijfshuishouding dient de menselijke waardigheid beschermd te worden, maar hier ziet Levenbach een gebrekkige bescherming.⁴²

Ook anderen noemen de bescherming van de persoon van de werknemer, in deze of soortgelijke bewoordingen als grondslag voor het arbeidsrecht. Van Esveld zoekt de rechtsgrond tot uitvaardiging van arbeidsrechtelijke regelen in de erkenning van de waarde der menselijke persoonlijkheid. Volgens hem kan de frictie tussen het persoonlijke en het zakelijke element van de arbeid overigens nooit echt worden opgelost. Hooguit kunnen de nadelige gevolgen van dat dualistische karakter van de arbeid worden verzacht. Arbeid zal in wezen 'een waar' blijven.⁴³ Anderen hechten juist belang aan het benadrukken van de gedachte dat arbeid geen handelswaar is. In de Declaration of Philadelphia van de ILO uit 1944 staat als één van de fundamentele beginselen: 'labour is not a commodity'.⁴⁴ Ook Levenbach meent dat arbeid geen koopwaar is, omdat deze niet 'afgescheiden kan worden' van de arbeidende mens, net als F.J.H.M. Van der Ven arbeid niet als 'waar' beschouwt, maar een 'met de zedelijke menselijke persoonlijkheid onverbrekkelijk verbonden menselijke functie'.⁴⁵

De gedachte van bescherming van de menselijke waardigheid kan ook worden aangeduid als het beschermen van de 'sociale' vrijheid van de werknemer ten opzichte van de 'economische' vrijheid van de werkgever. In de woorden van Mok bracht het arbeidsrecht verandering in de sociale onvrijheid, dat wil zeggen het leven in armoede en het onderworpen zijn aan de willekeur van werkgevers, die voor een groot deel van de gemeenschap het onbedoelde gevolg was van de tot dan bestaande economische vrijheid.⁴⁶ Een dergelijke 'materiële' invulling van het

39 Levenbach 1958, p. 9. Deze opmerking betreft de grenzen van het gezagsrecht.

40 Van der Ven 1971, p. 249-262.

41 Levenbach 1958, p. 9 en 10.

42 Levenbach 1958, p. 12. Dit wordt tevens als een tekort ervaren door Hekkelman, zie nader par. 8.

43 Van Esveld 1946, p. 174-175. Elders in dit werk merkt Van Esveld de sociale afhankelijkheid van de werknemer aan als de rechtsgrond voor staatsingrijpen in de arbeidsrelatie (p. 204).

44 Boonstra 1996, p. 14.

45 Levenbach 1926, p. 28; Van der Ven 1946, p. 25.

46 Mok 1966, p. 214-216.

vrijheidsbegrip vinden we tevens terug bij Van Esveld en Veldkamp.⁴⁷ Geers benoemde de bescherming van persoonlijke waardigheid in het arbeidsrecht ten slotte als de humanisering van de arbeid.⁴⁸ Heerma van Voss situeert de herkomst van deze 'nieuwe' filosofie van de humanisering in de jaren zeventig van de vorige eeuw.⁴⁹

Het beginsel van ongelijkheidscompensatie en de humaniseringsgedachte geven een legitimatie voor het ingrijpen van de wetgever of rechter in het arbeidsrecht, namelijk om de werknemer te beschermen ten einde hem een menswaardig leven te bieden. De politieke kleur van de arbeidsrechtgeleerden die positief stonden ten opzichte van deze ontwikkeling, is divers. Hieronder zijn zowel progressieve liberalen te vinden als sociaal-democraten en sociaal bewogen confessionelen.⁵⁰

Maar wat is in de ogen van de wetgever of rechter dan precies nodig voor een menswaardig leven? In welke opzichten verdient de werknemer bescherming tegen de overmacht van de werkgever? De ongelijkheidscompensatie en de humaniseringsgedachte geven een verklaring voor het ingrijpen van de wetgever of rechter in het algemeen. Zij geven echter geen bijzondere rechtvaardiging voor specifieke regels. Ze zeggen namelijk nog niets over de selectie van de belangen die beschermd worden, of de aspecten van de persoonlijke waardigheid die gerespecteerd moeten worden. De werknemer krijgt niet altijd zijn zin. Welke belangen worden beschermd, en welke niet, en waarom? Wat zeggen arbeidsrechtgeleerden hierover?

10.3.3 Veiligheid, inkomensbescherming en ontplooiing

De selectie van belangen die beschermd worden in het arbeidsrecht is uiteraard geen vaststaand gegeven. Werknemersbescherming is, net als het recht in het algemeen, in ontwikkeling. De opvattingen daarover zullen onder invloed van maatschappelijke, politieke of economische ontwikkelingen steeds blijven veranderen, net zoals de opvattingen veranderen over goed werkgeverschap of de grenzen aan het gezagsrecht.⁵¹

De vraag is aldus welke ontwikkeling valt te ontwaren in de selectie van die beschermenswaardige belangen. Daarover is wel geschreven in verband met het 'mensbeeld' in het arbeidsrecht. Sinzheimer heeft de introductie van het arbeidsrecht beschreven als een fundamentele verandering in het mensbeeld dat opgesloten ligt in het recht. Terwijl het burgerlijk recht volgens hem uitgaat van een abstract mensbeeld,

47 Van Esveld 1975; Veldkamp 1975.

48 Geers 1988, p. 11.

49 Heerma van Voss 1996, p. 148.

50 Drucker was progressief liberaal en verzette zich tegen het socialisme. Levenbach en Mok stonden bekend als sociaal-democraat. Zie: Jansen en Loonstra 1992, hoofdstuk III, V en VII. Veldkamp bracht als minister van Sociale Zaken voor de KVP belangrijke sociale wetgeving tot stand.

51 Zie over die verandering bv. Van Esveld 1971, p. 176: de wijze van uitoefening wordt bepaald door ethische normen. Hun inhoud wisselt met de omstandigheden (zoals veranderende christelijke humanistische of politieke opvattingen over samenleven en samenwerken met anderen).

waarin de theoretische individuele vrijheid om te beschikken over eigendom het uitgangspunt is voor het toekennen van rechten, gaat het arbeidsrecht uit van een realistischer mensbeeld, waarin de reële toestand van de afhankelijke bezitsloze arbeider uitgangspunt is voor het toekennen van rechten.⁵² De oorzaak van deze fundamentele verandering zoekt Sinzheimer in de historische verandering in productieverhoudingen, maar ook in de reflectie daarover binnen verschillende geestelijke stromingen.⁵³ Ook Heerma van Voss signaleert dat het arbeidsrecht zich afzet tegen het 'voluntaristische' mensbeeld in het klassieke burgerlijke recht. De verdienste van het arbeidsrecht is in zijn ogen de erkenning dat de mens meer is dan alleen 'homo economicus'.⁵⁴

Zoals gezegd beschermt het arbeidsrecht historisch gezien echter niet alle denkbare kenmerken of belangen van individuen. Begin twintigste eeuw zag men andere prioriteiten bij de bescherming van de werknemer dan een eeuw later. Het prototype van de arbeider in 1907 wordt geschetst als de mannelijke, voltijds werkende arbeider die als kostwinner fungeerde, en in relatieve onmondigheid het gezag van zijn autoritaire baas accepteerde.⁵⁵ Diens belangen waren primair het belang bij lichamelijk welzijn en voldoende inkomen om zijn gezin van te onderhouden. Deze belangen werden vanaf eind negentiende, begin twintigste eeuw beschermd in het arbeidsrecht. In de zogenaamde 'publieke' wetgeving stond het lichamelijk welzijn centraal. Bij het begrip 'humanisering van de arbeid' wordt wellicht in navolging daarvan, ook nog vaak in de eerste plaats gedacht aan het recht op een veilige arbeidsomgeving en voldoende rust.⁵⁶ De beschermende bepalingen in het BW van 1907 hadden vooral met loon te maken.⁵⁷ De bescherming van het inkomen zou in de loop van die eeuw ook in het sociale zekerheidsrecht terecht komen,⁵⁸ alsmede in de collectieve loonvorming.⁵⁹

Nadien werd in de gedachtevorming over het arbeidsrecht aan deze basale belangen een belang toegevoegd, namelijk dat van ontplooiing. Van Esveld merkte in 1946 ontplooiing aan als 'absolute voorwaarde voor de rechtsvorming' op het terrein van het arbeidsrecht.⁶⁰ Van der Ven zag als kenmerk van de arbeid zelf, het persoonlijke

52 Sinzheimer 1933, p. 15.

53 Sinzheimer 1936, p. 23-24: hij wijst op de samenloop van religieuze opvattingen over zedelijke plichten jegens de medemens, de vrijheidsidee in de liberale wereldbeschouwing, ook conservatieven die in aanpassing aan de sociale dynamiek een voorwaarde zagen voor de overleving van de staat, en de socialistische theorie.

54 Heerma van Voss 1996, p. 142.

55 Loonstra e.a. 1996, p. xi; zie in dezelfde bundel ook Gerritsen 1996, p. 133, en Van Peijpe 1996, p. 170.

56 Eldering 1975; Geers 1988, p. 11.

57 Aldus ook Jaspers 1982; p. 536.

58 De rechtsgrond voor de sociale verzekeringen die begin twintigste eeuw tot stand kwamen waren het 'risque professionnel' (Ongevallenwet) en het 'rechtvaardig arbeidsloon' (Invaliditeitswet, Ziektewet); zie Van den Berg 2010, par. 1.3; Fase 2001.

59 Vgl. Fase 1980.

60 Van Esveld 1946, p. 239. Als grondslagen van het arbeidsrecht noemt hij daarnaast bescherming en het verzekeren van de goede functionering van de maatschappij (p. 199-200).

karakter. Dat wil volgens hem zeggen de gerichtheid van de arbeid op de 'zelfvolmaking van den mensch', ofwel 'de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid'.⁶¹ Hekkelman zag in de ontwikkeling van het arbeidsrecht een overgang van uitzonderingsrecht naar regeling van de positie van de arbeidende mens in het algemeen, 'positief gericht op het scheppen van mogelijkheden voor zijn ontplooiing, materieel, maar van meet af aan ook geestelijk'.⁶² Veldkamp constateerde dat de arbeidswetgeving oorspronkelijk gericht was 'op de arbeidsverhouding als zodanig en op de risico's, die de arbeidende mens in zijn arbeidsmilieu bedreigden', maar dat zij voorts in toenemende mate tot object heeft gekregen de 'levensontplooiing' van de arbeidende mens.⁶³ Geers noemt als een van de drie aspecten van 'humanisering van de arbeid' het aspect ontplooiing.⁶⁴ Van den Heuvel noemt als centrale doelstelling van het arbeidsrecht, de erkenning van de persoon van de arbeider; diens bescherming en ontplooiing.⁶⁵ Volgens De Vries staat het ideaal van zelfverwerkelijking 'aan de top van de behoeftetrapamide' van de werknemer.⁶⁶

Maar waar gaat het dan om bij die ontplooiing? Waarin mag de werknemer zich ontplooiën, en welke rechtsregels kunnen de werknemer daarin beschermen? Voor Van der Ven ging het als gezegd om 'zelfvolmaking door het arbeiden zelf'. Hij leidt hier onder andere uit af dat het arbeidsloon voldoende moet zijn om de arbeider en zijn gezin in leven te houden. Omdat de arbeider zijn gehele persoon in dienst heeft gesteld van de ander, hoort deze ander volgens hem een tegenprestatie aan te bieden, die op de persoon van de arbeider, en niet op de economische waarde van zijn product ziet.⁶⁷ Ook voor Van Esveld gaat het voornamelijk over ontplooiing in de arbeid zelf. Het arbeiden zelf schenkt de mens de voorwaarden voor materiële en geestelijke harmonie en welvaart.⁶⁸ De regels die deze vorm van ontplooiing op dat moment beschermden vond Van Esveld voornamelijk in de veiligheidswetgeving en de arbeidstijdenwetgeving.⁶⁹

Hekkelman meende in 1967 dat een 'verlangen naar nieuw recht' voortkwam uit de behoefte van de vrouw met gezinsverantwoordelijkheid, die zich als volwaardig mens wilde ontplooiën, mede in arbeid. Dat vroeg in zijn ogen om een afwijzing van het huwelijk als ontslagreden en een ontslagverbod tijdens de zwangerschap en enige tijd nadien.⁷⁰ In hedendaagse termen valt deze vorm van ontplooiing ook te

61 Van der Ven 1942, p. 189-190. Hij noemt drie kenmerken. Het eerste kenmerk van de arbeid is de noodzakelijkheid ervan. Het derde kenmerk van de arbeid was volgens hem het gemeenschapskarakter.

62 Hekkelman 1967, p. 79. Hij verwijst ter ondersteuning naar de Arbeidswet 1919.

63 Veldkamp 1966, p. 5; Veldkamp 1975, p. 309.

64 Geers 1988, p. 11-12. De andere twee aspecten die hij noemt zijn lichamelijk welzijn (dat wil zeggen veiligheid, gezondheid en hygiëne) en medezeggenschap.

65 Van den Heuvel 1996, p. 35.

66 De Vries 1996, p. 116.

67 Van der Ven 1942, p. 197-198.

68 Van Esveld 1946, p. 239.

69 Van Esveld 1946, p. 190-191. Later legt hij meer nadruk op onderwijs, inkomensverdeling en medezeggenschap. Zie Van Esveld 1975, p. 303.

70 Hekkelman 1967, p. 82.

scharen onder het immateriële belang bij arbeidsparticipatie. Uiteraard dient participatiebevordering belangrijke individuele en collectieve financiële belangen, maar de immateriële component van participatie, zoals maatschappelijke erkenning, sociale contacten en structurering van tijd en levensloop, wordt daarnaast ook erkend door bijvoorbeeld Rood.⁷¹ Vanaf eind jaren tachtig van de vorige eeuw wordt het belang bij arbeidsparticipatie in de literatuur een vaker aangeroerd thema. Dan gaat het meestal om toegang tot de arbeid, in het bijzonder van verschillende achtergestelde groepen, zoals arbeidsongeschikten, vrouwen met zorgtaken of ouderen.⁷² Rechtsregels die hiermee in verband worden gebracht, zijn voornamelijk de gelijke behandelingsregels. Ook in het sociale zekerheidsrecht wordt sinds eind twintigste eeuw het bevorderen van arbeidsparticipatie expliciet als zelfstandige doelstelling aangemerkt.⁷³ Het inzetten van het sociale recht ter bevordering van arbeidsparticipatie werd aanvankelijk overigens ook wel kritisch ontvangen, uit vrees voor de introductie van arbeidsplichten in plaats van arbeidsrechten.⁷⁴

Voor anderen ging het bij ontplooiing tevens om zeggenschap over de inhoud van de arbeid.⁷⁵ Gerritsen bijvoorbeeld benoemt als mensbeeld in het arbeidsrecht 'de vrije mens die zelf het leven vorm wenst te geven'.⁷⁶ De vergroting van zeggenschap wordt ook wel aangeduid als de emancipatie van de werknemer.⁷⁷ Deze vergroting is met name af te leiden uit de medezeggenschapsrechten krachtens de WOR. Het fundament van de medezeggenschap ligt, in de woorden van Verburg, in het beginsel dat ieder individu aanspraak heeft op zelfontplooiing en recht op behartiging van zijn belang, welke aspecten in zijn ogen niet los van elkaar te zien zijn, en betrekking hebben op het 'gezien worden in de menselijke waardigheid'.⁷⁸ Sommigen hebben uit de veranderende zeggenschapsverhoudingen sinds de jaren vijftig zelfs afgeleid dat het werkgeversgezag als een achterhaald element van de arbeidsrelatie kon worden gekenschetst. Van der Ven pleitte bijvoorbeeld voor het vervangen van de gezagsrelatie door een 'medewerkingsovereenkomst', met name voor grote ondernemingen.⁷⁹ Anderen verzetten zich daar tegen. Volgens hen bleef het instructierecht onmisbaar voor de nadere invulling van de onbepaaldheid van de arbeidsrelatie. De medezeggenschap was in hun ogen juist nodig vanwege de positie van ondergeschiktheid.⁸⁰ Van der Heijden karakteriseerde de ontwikkeling van de medezeggenschap sinds 1950 als een van toenemende dualiteit tussen de

71 Rood 1982, p. 506. Vgl. op beleidsniveau de WRR-studie 'Een werkend perspectief: arbeidsparticipatie in de jaren '90', R38/1990, Sdu 1990, zie voor het immateriële belang p. 38 en p. 42.

72 Bv. Wentholt 1987, p. 408-418; Bakels 1994, p. 5-12. Zie ook Van der Heijden en Noordam 2001, waarin participatie als grondslag van het arbeidsrecht werd aangeduid.

73 Van den Berg 2010, hoofdstuk 1.

74 Vgl. Van der Linden 1992, p. 300-308.

75 Vgl. Van Esveld 1946-1971, p. 178: de uitoefening van het gezagsrecht moet mede dienstbaar zijn aan het doel om mensen die met loonarbeid in hun levensonderhoud hebben te voorzien, zoveel mogelijk de kans te geven in hun werk zich zelf te zijn en zich uit te drukken. Daarom moet hij voor zover functioneel, zoveel mogelijk kunnen meepraten.

76 Gerritsen 1996, p. 133.

77 Van den Heuvel 1996, p. 39.

78 Verburg 2007, p. 41.

79 Van der Ven 1971, p. 249-252; zie over deze discussie ook Jansen en Loonstra 1996, p. 4-5.

80 Van den Heuvel 1996, p. 44.

ondernemer en het medezeggenschapsorgaan.⁸¹ De vergroting van zeggenschap van de werknemer in het recht ging in zijn ogen ten koste van de zeggenschap van de werkgever. Deze verhoogde zeggenschap geldt in het medezeggenschapsrecht uiteraard wel alleen voor het collectief van werknemers. Van den Heuvel karakteriseert de medezeggenschap in dat licht als een individueel recht, dat collectief is georganiseerd.⁸²

Het vergroten van zeggenschap is, buiten de WOR, ook in andere arbeidsrechtelijke regelingen te signaleren. Sinds 1907 is er in dat opzicht veel veranderd. De mondigheid van de werknemer is, althans in de beeldvorming, toegenomen. De Arbowet 1980 en de Arbeidstijdenwet 1996 worden genoemd als voorbeelden van deze ontwikkeling: hieruit blijkt het beeld van een mondige, op onderhandeling ingestelde mens, gericht op zelfverwerkelijking.⁸³ Regelmatig wordt erop gewezen dat die mondigheid in werkelijkheid niet altijd even groot zou zijn. Sommigen wijzen op het feit dat het afstemmen van de wet op de ogenschijnlijk toegenomen zeggenschap, in werkelijkheid de afhankelijkheid van de werknemer juist kan bestendigen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer het afwijken van dwingend recht mogelijk is door vormen van personeelsvertegenwoordiging. De onafhankelijkheid van medezeggenschapsorganen of een personeelsvergadering kan immers niet zelden betwijfeld worden.⁸⁴ Heerma van Voss wijst mede in dat verband op een verminderd beschermingsniveau in de Arbowet en de Arbeidstijdenwet sinds eind jaren tachtig.⁸⁵ Naar aanleiding van de voorgenomen vereenvoudiging van de arbeidstijdenwet heeft hij deze ontwikkeling zelfs aangewezen als een revolutie in het arbeidsrecht, zij het een stille.⁸⁶

Bij het begrip ontplooiing werd reeds door Veldkamp in 1966 ten slotte ook al gedacht aan ontplooiing buiten de arbeid. Daarbij dacht hij dan vermoedelijk in hoofdzaak aan ontspanning en rust, aangezien hij zijn stelling illustreerde door te wijzen op 'de beperking van de arbeidstijd', 'vakantie, sociale verzekering en bezitsvorming'.⁸⁷ Het verrichten van bijvoorbeeld zorgtaken als bezigheid waarin men zich zou willen 'ontplooiën' werd niet als zodanig benoemd. Dat was dan ook een tot dan toe relatief onbeschermd belang in het arbeidsrecht. De 'gewone' werknemer was immers een kostwinner zonder zorgtaken.

Er was, zo blijkt tevens uit deze opsomming, vooral aandacht voor de bescherming van belangen van werknemers op een collectief niveau. Rood drukte dit uit als een tegenstelling met het gewone contractenrecht. Volgens hem keek de rechter naar een geschil tussen twee contractspartijen met een 'geïndividualiseerde' blik. In het arbeidsrecht daarentegen had de rechter volgens hem een 'geobjectiveerde blik'. Die

81 Van der Heijden 1996, p. 235.

82 Van den Heuvel 1996, p. 44.

83 Heerma van Voss 1996, p. 147.

84 Popma 2003, p. 284.

85 Heerma van Voss 1996, p. 152.

86 Heerma van Voss 2006.

87 Veldkamp 1966, p. 5.

blik was niet op individuen gericht, maar op collectiviteiten van werkgevers en werknemers.⁸⁸ Een illustratie daarvan is de verdeling van verantwoordelijkheid voor schade zoals beschreven door Fluit. Volgens hem is deze verantwoordelijkheidsverdeling in het arbeidsrecht verschoven van individuele verantwoordelijkheid gebaseerd op schuld en causaliteit naar 'rolverantwoordelijkheid', een verdeling die aanknoopt bij de rol van 'de' werkgever en 'de' werknemer in het maatschappelijk verkeer.⁸⁹ De benadering waarin werknemers als groep benaderd werden, bood in bepaalde opzichten meer bescherming aan werknemers dan de individuele, contractuele benadering.

Het uitgangspunt van bescherming van werknemers als groep werd echter problematischer toen de belangen van werknemers meer gingen divergeren. Dit was meer en meer het geval vanaf de jaren negentig. Als voorbeeld daarvan wordt veelal gewezen op de ontwikkeling van gedifferentieerde arbeids(tijd)patronen, mede als gevolg van de toetreding van vrouwen op de arbeidsmarkt.⁹⁰ In reactie daarop kwam er ook in de literatuur meer oog voor individuele variatie van de belangen van werknemers, bijvoorbeeld op het gebied van verantwoordelijkheden buiten het werk. Van der Heijden en Noordam namen flexibilisering en individualisering in hun preadvies van 2001 op als belangrijke kenmerken van nieuwe ontwikkelingen in het arbeidsrecht.⁹¹ Anderzijds wees onder andere Asscher-Vonk op de toenemende differentiatie in beschermingsniveau's als gevolg van die diversiteit.⁹² Net als het belang bij arbeidsparticipatie werden rechten in verband met de individuele variatie in arbeidstijden en het faciliteren van de combinatie van arbeid en zorg vaak in verband gebracht met het beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen.⁹³

De in het arbeidsrecht beschermde belangen van werknemers zijn, zo blijkt uit het voorgaande, steeds aan ontwikkeling onderhevig geweest. De selectie van beschermde belangen ademt de geest van de tijd. Veiligheid, gezondheid en rust staan centraal in de periode vóór de Tweede Wereldoorlog, inkomensbescherming in het BW vanaf 1907 en in de sociale zekerheid vanaf 1901, ontplooiing in de zin van arbeidsparticipatie tijdens de wederopbouw, medezeggenschap tijdens de jaren zeventig, en ten slotte arbeidsparticipatie, emancipatie en individuele variatie vanaf eind vorige eeuw. Deze ontwikkeling zal zich vermoedelijk steeds blijven ontplooiën in nu nog onbekende richting. Zo zagen Baris en Verhulp begin deze eeuw het

88 Rood 1982, p. 502. Rood onderbouwt deze stelling verder niet.

89 Fluit 2001, p. 8. Als derde stap noemt hij de collectief georganiseerde verantwoordelijkheid, bijvoorbeeld in de sociale werknemersverzekeringen.

90 Vgl. Wilthagen en Grünell 1999, p. 229; M.G. Rood 2000, p. 117 en p. 127. Zie voor een internationale vergelijking Jacobs 1997a, p. 1973; hij citeert uit een Canadees rechtsvergelijkend onderzoek van Pierre Verge en Guylaine Vallée (*Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*), die uitspraken doen over o.a. Frankrijk, Duitsland, Groot-Britannië en de Verenigde Staten. Vgl. tevens Jacobs 1998, p. 1981-1983. Hij bespreekt daarin een Rapport van een Europese expertengroep, *Transformation of labour and future of labour law in Europe*, uit 1998.

91 Van der Heijden en Noordam 2001.

92 Asscher-Vonk 1998, p. 486-501.

93 Wentholt 1990b; Burri 2000.

belang om 'employable' te blijven, als een belangrijke nieuwe doelstelling in het sociaal recht.⁹⁴ Asscher-Vonk gaf in haar afscheidsrede de suggestie dat in de toekomst werknemers hun belang bij een maatschappelijk verantwoord ondernemende werkgever via het arbeidsrecht zouden kunnen gaan verzilveren.⁹⁵

10.4 Werkgevers- en maatschappelijke belangen

10.4.1 Ordening en disciplineren

Het centraal stellen van de bescherming van materiële en immateriële persoonlijke belangen, zoals het belang bij ontplooiing, individuele variatie en emancipatie, staat in contrast met het gewicht dat werkgeversbelangen soms ook in het arbeidsrecht hebben. De werknemer krijgt zoals gezegd niet altijd zijn zin. Er zijn dan ook arbeidsrechtgeleerden die een wat realistischer of, zo men wil, cynischer kijk op het arbeidsrecht hebben. Zo wees Rood er op, dat ongelijkheidscompensatie vooral via de wetgever en door middel van collectieve onderhandelingen tot stand kwam, en dat de Hoge Raad niet alle gelegenheden om de zwakke positie van werknemers te compenseren, te baat nam. Daarvoor wees hij onder andere op de jurisprudentie inzake loonmatiging bij ontslag op staande voet en onthouding van loon aan werkwilligen bij staking.⁹⁶ Werknemersbescherming is kortom niet het enige belang dat bescherming krijgt in het arbeidsrecht. Het arbeidsrecht is de weerslag van de afweging van meerdere belangen: de belangen van werknemers, maar ook van werkgevers en maatschappelijke belangen. Welke functies of kenmerken van het arbeidsrecht worden in dit kader nog meer genoemd?

Veelvuldig wordt gesignaleerd dat het arbeidsrecht, of algemener gesteld, het sociale recht ook een belangrijke ordenende functie heeft.⁹⁷ Een zekere ordenende functie valt in ieder geval af te leiden uit de parlementaire geschiedenis van de wet op de arbeidsovereenkomst van 1907, zoals Konijn opmerkt.⁹⁸ Als doelstelling van de wet wordt namelijk niet alleen genoemd de bescherming van de economisch zwakke arbeider, maar ook de regulering van de arbeidsverhouding.

Het inzicht dat het arbeidsrecht een ordenende functie heeft, kan veel verder strekken dan de relatief neutrale aanduiding 'regulering'. Mannoury legt bijvoorbeeld een verband tussen de opkomst van het socialisme en de invoering van het sociaal recht aan het einde van de negentiende eeuw, met als streven het 'behoud van de hoofdtrekken van de maatschappelijke orde'.⁹⁹ Latere ontwikkelingen maakten het

94 Baris en Verhulp 2006, p. 46-56. Nieuw hieraan is dat de verdien capaciteit wordt beschermd, in plaats van het daarmee te bereiken inkomen of arbeidsparticipatie.

95 Asscher-Vonk 2009; zie voor een uitwerking ook Asscher-Vonk 2010.

96 Rood 1981, p. 250; Rood 1998, p. 5-6. Zie voor deze constatering ook Jacobs, die hier nog enige voorbeelden aan toevoegt, o.a. de bescherming bij overgang van onderneming en faillissement, en het ontbreken van gunstige bewijstlastverdelingen voor de werknemer. Jacobs 1997b, p. 67-80.

97 Van Esveld 1946, p. 199-200.

98 Bles I, p. 5 e.v.; vgl. Konijn 1999, p. 11.

99 Mannoury 1972, p. 226.

ordeningsaspect van het arbeidsrecht beter zichtbaar, met name in het collectieve arbeidsrecht. Van der Ven ziet in 1942 als grondslag voor het collectieve arbeidsrecht, in het bijzonder de Wet AVV-CAO van 1937, niet alleen de bescherming van de arbeidersklasse, maar het dienen van belangen van de gehele gemeenschap.¹⁰⁰ Mok schetst in 1946 de groei van de collectieve ordeningsfunctie van het arbeidsrecht als nieuwe fase in de rechtsontwikkeling, die kwam na de fase van de bescherming van de werknemer als individu.¹⁰¹ Hij wijst daarbij onder andere op de geleide loonpolitiek en de preventieve toets bij opzegging van de arbeidsovereenkomst in het BBA, alsmede op de samenwerking tussen werkgevers en werknemers in de Bedrijfsradenwet, een voorloper van de bedrijfsorganisatie.¹⁰² De samenwerking tussen werkgevers en werknemers is in latere wetgeving nog verder geïnstitutionaliseerd, onder andere in de Stichting van de Arbeid, de SER, en de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie van 1955.¹⁰³ Het BBA en de Stichting van de Arbeid en de SER spelen zoals bekend nog steeds een rol van betekenis in het huidige recht. De andere genoemde ordeningsinstrumenten zijn echter opgeheven of een zachte dood gestorven.

Toch wordt ook meer recentelijk nog immer gewezen op de ordeningsfunctie van het arbeidsrecht. Jaspers schetst in 1982 de arbeidsovereenkomst als 'beheersings-instituut', een instrument voor de overheid om gedrag te reguleren en te beheersen, en wijst daartoe op het BBA, de wet op de loonvorming en, in mindere mate, arbeidsmarktregulering.¹⁰⁴ Ook Jacobs ziet in 1997 een belangrijke ordeningsfunctie in het sociale recht: het behalen van economische doelen en rust op de arbeidsmarkt.¹⁰⁵ Hij merkt op dat het werkgeversbelang niet alleen bestaat uit het belang bij het maken van winst, maar dat het succes van de onderneming indirect ook het belang van de bij de onderneming betrokken werknemers vertegenwoordigt.¹⁰⁶ Boonstra meent dat het arbeidsrecht bij uitstek recht is waarbinnen publieke belangen door middel van private normen worden behartigd, en waarbinnen 'private rechten worden afgedwongen door middel van versterking van de collectiviteiten die worden ondersteund door de overheid, omdat deze daarmee publieke doeleinden beoogt'.¹⁰⁷ Van Peijpe is zelfs van mening dat het arbeidsrecht primair een 'integratieve', stabiliserende of organisatorische functie heeft, namelijk 'het verhinderen dat tegengestelde klassenbelangen de voortgang van de maatschappelijke productie verstoren'.¹⁰⁸ Zo wordt volgens hem door middel van het ontslagrecht, de selectie van werknemers, de herstructurering van ondernemingen en de disciplinerende van werknemers in juridische banen geleid.

100 Van der Ven 1942, p. 199.

101 Mok 1966, p. 227.

102 Daarnaast wijst hij op thans in vergetelheid geraakte vormen van ordening van de strijd tussen werkgevers en werknemers, zoals de Arbeidsgeschillenwet 1923, de Arbeidsbemiddelingswet 1930 en het Mijnstatuut 1945.

103 Zie hierover o.a. Bakels, Asscher-Vonk en Bouwens 2009, par. 4.4.

104 Jaspers 1982, p. 539.

105 Jacobs 1997b, p. 72.

106 Jacobs 1997b, p. 72- 73.

107 Boonstra 2006a, p. 150.

108 Van Peijpe 1997, p. 370.

In de jaren negentig van de vorige eeuw kreeg het maatschappelijke belang bij de regulering van de arbeidsrelatie, volgens Konijn meer dan daarvoor een economische lading. Een duidelijke illustratie daarvan is te vinden in een ministeriële rede uit 1996, waarin wordt gesteld dat aan de reeds bestaande functies van het arbeidsrecht een nieuwe diende te worden toegevoegd: het arbeidsrecht als productieve factor. Het arbeidsrecht kon volgens de minister bijdragen aan een goede concurrentiepositie van de Nederlandse economie en aan meer werkgelegenheid.¹⁰⁹ Konijn wijst daarnaast op verschillende initiatieven van de wetgever om binnen het arbeidsrecht eigen verantwoordelijkheid en initiatief te stimuleren en flexibiliteit te bevorderen, soms ten koste van de bescherming van de werknemer, zoals de privatisering van de ZW en de Wet flexibiliteit en zekerheid.¹¹⁰ Ook in de ogen van Bouwens en Asscher-Vonk heeft het 'dienen' van de economie recentelijk aan gewicht gewonnen op het terrein van het sociaal recht, vooral het sociale zekerheidsrecht, ten koste van de van oudsher beschermende functie van dat recht.¹¹¹ Zij wijzen daarbij onder andere op wetswijzigingen als het versoepelen van de toegang tot de WW, waarmee het functioneren van de arbeidsmarkt moest worden bevorderd, en de introductie van reïntegratieverplichtingen voor werkgevers teneinde de instroom in arbeidsongeschiktheidsverzekeringen te beperken. Uit deze voorbeelden valt op te maken dat de wijze waarop men het sociaal recht inricht ten einde de gemeenschap te dienen, aan verandering onderhevig is. Legde men eerder de nadruk op het belang bij stabilisering en collectieve ordening, nu wordt de dienende functie ook, of vooral, gezocht in flexibilisering en maatwerk in de onderneming. Deze ontwikkeling is, getuige diverse rechtsvergelijkende bijdrages besproken door Jacobs, een internationaal fenomeen,¹¹² en valt volgens Beltzer overigens ook te signaleren in aanpalende rechtsgebieden zoals het insolventierecht.¹¹³

10.4.2 De institutionele leer

Collectieve ordening speelt ook een rol op het niveau van de onderneming. Bij de onderneming is immers niet zelden een veelvoud aan belanghebbenden betrokken. Bij de behartiging van het ondernemingsbelang als vertegenwoordiger van meerdere belanghebbenden past de gedachte van de onderneming als 'instituut'. De institutionele theorie heeft haar wortels in de denkbeelden van de Franse jurist en socioloog Maurice Hauriou, daterend uit de jaren twintig van de vorige eeuw. Het ideaalbeeld van de samenwerking op institutionele basis wordt volgens zijn leer bereikt als de leden van een groep de idealen van de leiders binnen die groep tot de

109 Rede van Minister Melkert ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Stcrt. 1996, 99; Konijn 1999, p. 30.

110 Konijn 1999, p. 30.

111 Asscher-Vonk 2009.; Asscher-Vonk en Bouwens 2006, p. 87-97.

112 Jacobs 1997a, p. 1973; hij citeert uit een Canadees rechtsvergelijkend onderzoek van Pierre Verge en Guylaine Vallée (Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail), die uitspraken doen over o.a. Frankrijk, Duitsland, Groot-Britannië en de Verenigde Staten; Jacobs 1998, p. 1981-1983. Hij bespreekt daarin een Rapport van een Europese expertengroep, Transformation of labour and future of labour law in Europe, 1998.

113 Beltzer 1999, p. 106.

hunne maken.¹¹⁴ De institutionele leer kan begrepen worden als onderdeel van de sociologie die geïnteresseerd is in 'integratie', dat wil zeggen in de voorwaarden voor vreedzame samenwerking. Dit kan worden gecontrasteerd met de zogenaamde conflictologie, waarin meer belangstelling is voor tegenstellingen en spanningen.¹¹⁵ De leer kan ook normatief worden opgevat¹¹⁶ en wordt dan ook wel geassocieerd met corporatistische en zelfs fascistische idealen.¹¹⁷

In Nederlandse arbeidsrechtelijke beschouwingen wordt de institutionele leer vanaf de jaren dertig door verschillende schrijvers toegepast op de onderneming als institutie, meestal in contrast met de contractuele benadering. In deze toepassing van de institutionele leer zou het tekenen van een individuele arbeidsovereenkomst de betekenis hebben van toetreding van de werknemer tot een samenwerkingsverband tussen een collectiviteit van belanghebbenden, terwijl datzelfde in de contractuele leer niet anders geduid wordt dan als het vastleggen van rechten en verplichtingen van partijen jegens elkaar.¹¹⁸

De vraag welke juridische gevolgen aanvaarding van de institutionele leer vervolgens zou moeten hebben, kan heel verschillend worden beantwoord. Zo vond men ondersteuning in de institutionele leer voor enerzijds het bevorderen van een recht op winstdeling en medezeggenschap voor werknemers, terwijl anderzijds met een beroep op deze leer de verplichting van werknemers om zich aan te passen aan de behoefte van de onderneming kon worden bepleit.¹¹⁹ Ook de vraag welke zogenaamde 'institutionele' elementen zijn terug te vinden in het positieve arbeidsrecht, kan verschillend worden beantwoord en varieert van het recht op ontslagvergoeding en naar anciënniteit variërende opzegtermijnen¹²⁰ tot de verplichting van de werknemer om een redelijk voorstel tot wijziging van zijn overeenkomst te aanvaarden.¹²¹ Deze variatie aan wenselijk en positief recht als uitdrukking van de

114 Cornelissens 1972, p. 53. Hauriou was als hoogleraar publiekrecht overigens primair geïnteresseerd in het functioneren van de Staat als institutie. Vgl. Millard 1995, p. 391.

115 Cornelissens 1972, p. 53. Hij noemt als voorbeeld van de integratievisie Durkheim, die ook door Millard wordt genoemd als bron van inspiratie voor Hauriou (Millard 1995, p. 387). Als voorbeeld van conflictologie noemt Cornelissens de Duitse socioloog Dahrendorf.

116 Vgl. Millard over de idealistische dimensie van de theorie van Hauriou (p. 401-404). Hij legt een verband met 'idealistische' politieke theorieën, bijvoorbeeld van Carl Schmitt (p. 401).

117 Zie voor de verwijzing naar corporatisme Humblet 1994, p. 158; Gundt 2009a, p. 8. Corporatisme wordt door Van Dale gedefinieerd als '(het streven naar) staatsordening op grondslag van samenwerkende corporaties' (12^e druk, 1995). Zie voor een verband tussen institutionalisme en fascisme Veneziani 2009, p. 100.

118 Vgl. Dorssmont 2005, p. 119; Gundt 2009a, p. 7. Zie voor een historisch overzicht van Nederlandse arbeidsrechtgeleerden die zich achter deze leer schaarden: Zondag 2002, p. 5.

119 Heerma van Voss 1999, p. 77-78.

120 Cornelissens 1972, p. 54-55. Anderzijds zag hij het conflictmodel terugkomen in de wet op de ondernemingsraden van 1971, waarin het element van belangenbehartiging van werknemers ten opzichte van werkgevers sterker werd.

121 Van der Heijden initieerde de heropleving van de discussie over de institutionele leer naar aanleiding van het *Van der Lely/Taxi Hofman*-arrest (zie par. 9.3.2). Van der Heijden 1999a, p. 2-4; Van der Heijden 1999b, p. 53-54.

institutionele leer illustreert dat aanvaarding van die leer zowel werknemersvriendelijk als werkgeversvriendelijk kan uitpakken.¹²² Beide kanten kunnen in die leer argumenten zoeken om af te wijken van het algemene contractenrecht 'in het belang van de samenwerking binnen het instituut'. Tussen werkgeversbelangen en werknemersbelangen bestaat bovendien niet altijd een tegenstelling. Zij kunnen een gemeenschap van belangen vormen. De institutionele leer vertoont verwantschap met de 'harmoniegedachte'¹²³ of 'gemeenschapsgedachte' in het arbeidsrecht.¹²⁴ Aanhangers daarvan waren vooral terug te vinden in confessionele kring.¹²⁵ Met name in de jaren van de wederopbouw na de Tweede Wereldoorlog was de belangstelling voor de gemeenschapsgedachte in het arbeidsrecht echter ook onder sociaal-democraten te vinden.¹²⁶

Wie het belang van vreedzame samenwerking in het instituut voorop stelt, laat kortom niet per definitie de belangen van werknemers onbeschermd. Toch is het aannemelijk dat de belangen van individuele werknemers bij het consequent voorop stellen van het belang van het instituut vaker het onderspit zullen delven. Hauriou wordt in dit licht dan ook wel verweten dat hij in zijn theorie, die gericht is op het verklaren van cohesie en evenwicht, te weinig aandacht heeft voor de spanning tussen de belangen van machthebbers en ondergeschikten binnen het instituut.¹²⁷ Bakels meent dat het voor de dagelijkse praktijk realistischer is om niet uit te gaan van harmonie tussen de belangen van werkgevers en werknemers, maar eerder van een pluraliteit van uiteenlopende belangen.¹²⁸

Zodoende is de institutionele leer vooral bruikbaar als ideologische verklaring voor regels in het arbeidsrecht waarin het belang van de werkgever de doorslag geeft, al dan niet in afwijking van het algemene contractenrecht.¹²⁹ De 'werknemersbelangen' in de organisatie kunnen in de institutionele leer wellicht wel een rol spelen, maar dan voornamelijk op collectief niveau. Werknemersbelangen zullen het belang van de organisatie als instituut immers meestal slechts raken, als het gaat om de belangen van een relatief grote groep werknemers. Het feit, dat in het arbeidsrecht

122 Zie ook Dorssemont 2005; hij meent dat de leer van de Italiaanse institutionalist Romano een bijdrage kan leveren aan humanisering van de arbeid (p. 118).

123 Deze aanduiding wordt gebruikt door Bakels, die zichzelf daar niet toe rekent (Bakels 1977, p. 411).

124 Van Peijpe duidt deze stroming binnen de sociaal-politieke maatschappijvisies aan als de 'solidaristische' stroming. Van Peijpe 1985, p. 67.

125 Fase 1980, p. 120-121.

126 Jaspers 1982, p. 535. Hij noemt Levenbach als voorbeeld.

127 Millard 1995, p. 397-398.

128 Bakels 1977, p. 413.

129 Overigens bestaan voor (bijvoorbeeld) de verschillen tussen het arbeidsrecht en het gewone contractenrecht doorgaans ook alternatieve verklaringen, zoals uit het voorgaande al is gebleken. Vgl. Gundt 2009a, p. 8 voor een overzicht van voor- en tegenstanders inzake de stelling dat het Taxi Hofman-arrest een uitdrukking zou vormen van de institutionele leer. Zie over alternatieve verklaringen voor de regels die als 'institutioneel' worden aangemerkt, ook Zondag 2002. Dorssemont stelt mijns inziens terecht dat de institutionele leer vooral bruikbaar kan zijn als 'meta-juridisch' referentiekader, waarmee de 'inkleuring' van rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst kan worden geduid, maar dat de oppositie van de rechtsfiguren 'contract' en 'instituut' in het debat over deze leer niet zo zinvol is (Dorssemont 2005, p. 123).

ook wel eens gewicht kan of moet worden toegekend aan de belangen van een individu, kan in de institutionele leer minder goed tot uitdrukking komen. Wellicht is dat de reden dat veel arbeidsrechtgeleerden zich hebben verzet tegen gedachte dat de Hoge Raad in 1998 de institutionele leer zou hebben aanvaard.¹³⁰ Vergeleken daarmee komt de contractuele leer meer tegemoet aan de belangen van de werknemer, zodat Jansen wellicht daarom zo expliciet voor de contractuele leer koos.¹³¹ Stelt men de institutionele leer tegenover het beginsel van ongelijkheidscompensatie of de 'humaniseringsgedachte', dan is het contrast uiteraard nog groter.

10.4.3 *Paternalisme en goed werkgeverschap*

De gedachte dat de organisatievrijheid van de werkgever niet onbegrensd kan zijn, komt zoals gezegd niet sterk tot uitdrukking in de institutionele leer, terwijl anderzijds het belang van de onderneming nauwelijks tot uitdrukking komt in het beginsel van ongelijkheidscompensatie of de humaniseringsgedachte. Er zijn evenwel ook typering van de arbeidsrelatie of het arbeidsrecht waarin zowel het werkgeversbelang als het respect voor de menselijke waardigheid tot uitdrukking komen.

De gedachte dat het belang van werknemers ook beschermd moet worden binnen de hiërarchisch geleide onderneming, kan ten eerste in verband worden gebracht met een ideologische invalshoek die wel wordt aangeduid als paternalisme.¹³² De bedrijfshuishouding kan worden vergeleken met de eveneens hiërarchisch georganiseerde gezinsstructuur aan de ene kant, of die van de staat anderzijds. Van een 'goede' patriarch (zij het een gezinshoofd, werkgever, of staatshoofd) kan worden verwacht dat hij tot op zekere hoogte voor zijn ondergeschikten zorgt, desnoods tegen hun zin maar 'voor hun eigen bestwil.' In arbeidsrechtelijke geschriften komt men geregeld sporen tegen van de gedachte, dat de werkgever voor de werknemer moet zorgen, zoals een goede vader dat zou doen voor zijn kinderen. De genoemde Van der Ven bijvoorbeeld schetste een model van een hiërarchische gemeenschapsrelatie tussen de werkgever en de werknemer, waarin de wederkerigheid er uit bestaat dat de trouw van de dienaar het antwoord is op de zorg van de meester.¹³³ 'De meester moet de dienaar niet alleen beschermen en zo nodig voor hem in rechte opkomen, hij moet ook zorgdragen voor zijn volledig persoonlijk welzijn'. Deze vorm van gemeenschapsdenken was volgens Van der Ven niet meer actueel in de moderne op winststreven gerichte industrie.¹³⁴ Door anderen is desalniettemin wel geprobeerd deze 'hiërarchische wederkerigheid' onder te brengen in de typering van de

130 Zie Gundt 2009a, p. 8.

131 Zie par. 10.2.

132 Paternalisme wordt thans doorgaans in pejoratieve zin gebruikt, maar hier wordt eerder gedacht aan de positieve gedachte van de 'zorg van een goed huisvader' voor zijn ondergeschikten. Vgl. Van der Ven 1972, p. 262; Veneziani 2009, p. 100.

133 Van der Ven 1972, p. 261. Hij verwijst uitsluitend naar Duitse rechtsgeleerden, zoals naar de door Gierke ontwikkelde idee van de 'Treuverhältnis'. In Engelstalige literatuur wordt dit ook aangeduid als de 'master and servant' benadering, naar de titel van een wet ingetrokken in 1875. Historisch gezien ging deze wet vooraf aan de contractuele benadering van de arbeidsrelatie. Veneziani 2009, p. 102.

134 Van der Ven 1972, p. 261.

twintigste-eeuwse arbeidsrelatie, met name in confessionele kringen rond de jaren dertig.¹³⁵ Ter toelichting op het bijzondere karakter van de arbeidsovereenkomst werd wel verwezen naar het zogenaamde personenrechtelijke element binnen de arbeidsverhouding.¹³⁶ Volgens Gerbrandy bijvoorbeeld bevat de arbeidsrelatie elementen die meer naar het personen- en familierecht verwijzen dan naar het algemene contractenrecht, zoals 'de typische machts- en gezagsverhouding, de formatie van een niet onduurzaam verband, geëigend tot opbouw der maatschappij, de beroepstoewijding en beroepsgemeenschap, en ten slotte de bescherming die de onderlinge verhouding meebrengt en de trouw die partijen samenbindt'.¹³⁷ Het typisch personenrechtelijke element in de arbeidsrelatie volgens deze schrijvers is in de weergave van Jansen, de ondergeschiktheid van de arbeider aan de werkgever. Sommige schrijvers voegden daar echter werkgeversverplichtingen aan toe 'uit hoofde van de persoonlijke band' tussen partijen.¹³⁸

In meer recente literatuur is van de paternalistische gedachte wellicht nog een spootje terug te vinden in het gebruik van het woord zorgplicht. Het woord zorgplicht wekt associaties met een zekere ondergeschiktheid of zwakte van degene voor wie gezorgd moet worden. Het past in die zin bij een paternalistische visie op het arbeidsrecht. Dit woord wordt in het arbeidsrecht onder andere gebruikt voor het recht op een veilige werkomgeving,¹³⁹ en ook wel voor het recht op voldoende rust,¹⁴⁰ het recht op begeleiding bij disfunctioneren,¹⁴¹ en als grondslag voor een ontslagvergoeding.¹⁴²

De 'personenrechtelijke' benadering van de gezagsrelatie heeft voor de moderne lezer ondanks deze sporen, een verouderde uitstraling. De onderschikking van de werknemer heeft nu eerder een 'technische', functionele connotatie. Het is een noodzakelijke factor ter voltooiing van een taak uitgevoerd binnen het samenwerkingverband van een onderneming.¹⁴³ Illustratief voor deze rationele benadering is de omschrijving die Koopmans van het begrip gezag in de arbeidsrelatie geeft: 'Het gezag is het recht een nadere taakomschrijving te geven – gevolg van de wijze, waarop de arbeider, in tegenstelling tot de aannemer van werk en de dienstverrichter, zich verbindt zijn arbeidskracht aan te wenden.'¹⁴⁴ Een arbeidsrelatie kan volgens Koopmans kortom worden herkend aan het overeengekomen recht een aanwijzing te geven. Dit kan worden gecontrasteerd met de vóór 1907 nog wel

¹³⁵ Fase 1980, p. 120-121.

¹³⁶ Vgl. Loonstra en Zondag 2004, p. 22, en Jansen 2003b, p. 9-10, met verwijzing naar literatuur van onder andere C.P.M. Romme, W.F. de Gaay Fortman, F.J.H.M. van der Ven en J.J.M. van der Ven.

¹³⁷ Gerbrandy 1966, p. 98.

¹³⁸ Jansen 2003b, p. 10. Jansen verwijst net als F. van der Ven naar de 'Germaanse' oorsprong van deze opvattingen (met name Gierke). In de Romeinse opvatting van het arbeidscontract was het element van onderschikking volgens Jansen veel minder uitgesproken (p. 16).

¹³⁹ Bouwens en Duk 2008, hoofdstuk 16.

¹⁴⁰ Geers 1988, p. 6.

¹⁴¹ Oberman 2005, p. 43, met verwijzing naar lagere rechtspraak.

¹⁴² Vgl. Loonstra 2001a, p. 32-40.

¹⁴³ Vgl. Veneziani 2009, p. 108.

¹⁴⁴ Koopmans 1962, p. 104.

gehuldigde standsbewuste opvatting dat een 'arbeider' te herkennen was aan het feit dat hij 'nederige arbeid' verrichtte.¹⁴⁵

Ook los van de 'paternalistische' erfenis is niettemin gezocht naar grenzen aan de handelingsvrijheid van de werkgever ten gunste van het respect voor de persoonlijke belangen van de werknemer. Vanaf de jaren zestig werd geregeld gewezen op een tekort in het arbeidsrecht op dit vlak. Hekkelman benoemde het ontbreken van grenzen aan het vrije ondernemingsbestuur door de werkgever als een tekort in het arbeidsrecht.¹⁴⁶ Dit tekort uitte zich volgens hem in rechtsonzekerheid. Individuele werknemers konden volgens hem in grote onzekerheid verkeren over de vraag of zij in hun recht staan in geval zij bijvoorbeeld overwerk of een roosterwijziging weigeren. Zij konden moeilijk zelf inschatten in hoeverre het ondernemingsbelang op zou wegen tegen hun persoonlijke belang.¹⁴⁷ F.J.H.M. van der Ven signaleerde dat het 'gemeenschapselement' ontbrak in de regeling van de loondienstverhouding, waarbij hij vooral dacht aan het ontbreken van medezeggenschap.¹⁴⁸ Bakels meende dat het recht onvoldoende waarborgen bevatte voor de bescherming van persoonlijke belangen ten opzichte van de ondernemingsbelangen. Ook hij dacht aan een uitbreiding van medezeggenschap.¹⁴⁹ Geen van hen wilde daarbij overigens het uitgangspunt van vrij ondernemingsbestuur voor de werkgever verlaten. "To manage means to command" citeert Bakels met instemming.¹⁵⁰ Het arbeidsrecht, zo constateert Jacobs, kent in dit opzicht een merkwaardige paradox: het wil de macht van de werkgever inperken, maar tegelijkertijd erkent het daarmee ook ten principale het directierecht van de werkgevers.¹⁵¹

Met de uitbreiding van medezeggenschapsrechten vanaf 1971 is het gesignaleerde tekort tot op zekere hoogte gelenigd.¹⁵² In het medezeggenschapsrecht worden werkgevers immers onder omstandigheden verplicht om rekening te houden met werknemersbelangen op collectief niveau. In de grenzen die het medezeggenschapsrecht stelt aan de vrijheid van de werkgever om de onderneming naar eigen inzicht te besturen, heeft Van der Heijden aanleiding gevonden voor het benoemen van beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur of behoorlijk ondernemerschap.¹⁵³

145 Koopmans 1962, p. 102. Toepassing van deze opvatting in de rechtspraak leidde er bijvoorbeeld toe dat een eerste violist in een orkest geen werknemer kon zijn, aangezien deze arbeid immers niet nederig was.

146 Hekkelman 1967, p. 89-92. Vgl. reeds Levenbach 1958, p. 12.

147 Hekkelman 1967, p. 90.

148 Van der Ven 1972, p. 261; 263.

149 Bakels 1977, p. 424.

150 Bakels 1977, p. 415; p. 424.

151 Jacobs 1997a, p. 1972.

152 Kritisch hierover o.a. Jacobs 2003, p. 233, die de medezeggenschapsregels typeert als 'procedurele inperking van de macht van de ondernemer', waarvan ondernemers 'inhoudelijk weinig hebben te duchten'. Dit onderwerp valt verder buiten het onderwerp van deze studie.

153 Van der Heijden 1984, p. 1385-1390. Ook in vennootschapsrechtelijke literatuur wordt gewezen op de WOR als voornaam aanknopingspunt voor de werking van beginselen van 'behoorlijk ondernemingsbestuur' c.q. 'corporate governance', naast vennootschapsrechtelijke aanknopingspunten. Slagter 2005, p. 135. De door Slagter vermelde literatuur over deze beginselen dateert van 1990 en daarna (p. 135-138).

De volgende stap in deze begrenzing van de beleidsvrijheid van de werkgever, is de toepassing van dergelijke beginselen op geschillen tussen werkgevers en individuele werknemers. Deze gedachte is uitgewerkt door Heerma van Voss.¹⁵⁴ Hij stelde vast dat op grond van ontwikkelingen in de jurisprudentie over het goed werkgeverschap (thans art. 7:611 BW) kon worden geconcludeerd, dat de werkgever zich ook jegens de individuele werknemer diende te houden aan bepaalde procedurele beginselen van goed werkgeverschap, die hij ook wel aanduidt als de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur.¹⁵⁵ Heerma van Voss noemde onder andere het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk, het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Deze beginselen laten de beleidsvrijheid van de werkgever op zichzelf in stand. Zij verplichten de werkgever desalniettemin om eventuele nadelige gevolgen van zijn beslissingen voor individuele werknemers zo dragelijk mogelijk te maken. Dat kan bijvoorbeeld door tijdig onderzoek te doen naar dergelijke gevolgen, zodat deze nog mee kunnen wegen in de besluitvorming, door maatregelen tijdig aan te kondigen, besluiten zorgvuldig te motiveren en eventuele overgangsmaatregelen te treffen. Daaronder valt volgens Bouwens en Duk in ieder geval dat hij zich moet houden aan procedurevoorschriften. Laat hij dat na, dan kan dat er toe leiden dat bepaalde maatregelen niet in stand blijven.¹⁵⁶ Zo bezien vult deze benadering de institutionele benadering aan, in die zin dat er enige procedurele grenzen worden gesteld aan de vrijheid te handelen in het belang van het instituut.

Incidenteel gaan de verplichtingen van goed werkgeverschap verder dan dat, en die mogelijkheid wordt in de literatuur uiteraard niet over het hoofd gezien. Al bij de parlementaire beraadslaging over de wet op de Arbeidsovereenkomst van 1907 werd vastgesteld, dat het goed werkgeverschap grondslag kon bieden voor verplichtingen, die men toen nog niet kon voorzien.¹⁵⁷ Parlementslid De Savornin Lohman opperde in dat verband, naar men mag aannemen gekserend, 'dat er een tijd kan komen – ofschoon mij niet recht duidelijk is dat dit mogelijk is, dat de dienstboden een uurtje voor pianospelen moet worden gegund'.¹⁵⁸ Dit voorbeeld kan verduidelijken dat onder omstandigheden van de werkgever kan worden verlangd, materiële maatregelen te nemen om een menswaardig bestaan mogelijk te maken voor een individuele werknemer.¹⁵⁹ Uit publicaties uit 1966 en 1982 valt op te maken dat er toen van dergelijke verplichtingen nog weinig te merken viel.¹⁶⁰ Heerma van Voss benoemt in zijn onderzoek vanaf begin jaren negentig echter diverse ontwikkelingen in de jurisprudentie, volgens welke het goed werkgeverschap naast de reeds besproken procedurele verplichtingen, ook materiële verplichtingen met zich mee kan brengen.¹⁶¹

154 Heerma van Voss 1999, hoofdstuk 2.

155 Heerma van Voss 1999, p. 34.

156 Bouwens en Duk 2008, p. 63.

157 Aldus de toelichting van Drucker, Bles III, p. 379 e.v.

158 Bles II, p. 381.

159 Aldus Rood 1982, p. 499.

160 Van der Grinten 1966, p. 142; Rood 1982. De bijdrage van Rood over het goed werkgeverschap mondt bij gebrek aan verdere onderwerpen uit in een exposé over het recht op tewerkstelling.

161 Heerma van Voss 1999, hoofdstuk 3: bijvoorbeeld de in lagere jurisprudentie wel aangenomen verplichting om deeltijdarbeid toe te staan (p. 94) en de doorwerking van grondrechten (p. 107 e.v.).

10.5 Conclusie hoofdstuk 10

De visies van arbeidsrechtgeleerden op de beginselen of uitgangspunten in het arbeidsrecht zijn blijkens het voorgaande nogal divers. Deze diversiteit hangt uiteraard voor een belangrijk deel samen met de historische ontwikkeling van het recht en van de samenleving. Zo bestond het arbeidsrecht in aanvang voornamelijk uit de bescherming van arbeidsomstandigheden en arbeidstijden. Een typering van het arbeidsrecht zag dus in die beginperiode logischerwijs op die wetgeving, die kon worden samengevat als de bescherming van menselijke waarden. In de na-oorlogse periode is de bescherming van menselijke waarden als centraal beginsel in de Nederlandse literatuur echter enigszins naar de achtergrond gedrongen, ten gunste van het beginsel van ongelijkheidscompensatie. Dit hangt wellicht samen met de ontwikkeling van het ontslagrecht. In de na-oorlogse periode is het ontslagrecht op de voorgrond komen te staan als veelbesproken onderdeel van het arbeidsrecht. Het ontslagrecht wekt niet in het bijzonder associaties met de bescherming van specifieke menselijke waarden. Vandaar wellicht dat men nu (in Nederland) liever spreekt over werknemersbescherming of ongelijkheidscompensatie als belangrijkste beginsel in het arbeidsrecht. De inhoudelijk steeds verdergaande inkleuring van het beginsel van werknemersbescherming of ongelijkheidscompensatie hangt voorts samen met een min of meer cumulatieve ontwikkeling van het arbeidsrecht. De werknemer werd immers vanaf het einde van de negentiende eeuw in steeds meer opzichten beschermd.

Sommige ontwikkelingen in het recht zijn in de loop van de vorige eeuw van grote betekenis geweest gedurende een aantal decennia, maar zijn daarna verdrongen door nieuwe ontwikkelingen in de economie en de maatschappij. De ordening van de arbeidsmarkt op collectief niveau was bijvoorbeeld kenmerkend voor de ontwikkelingen vanaf de jaren dertig, maar is na de jaren vijftig weer naar de achtergrond verdwenen. De afnemende populariteit van corporatistische denkbeelden hangt ongetwijfeld samen met zowel de ontkerkelijking als met de gebeurtenissen in de Tweede Wereldoorlog, nu die denkbeelden vooral in kringen van confessionelen en daarnaast door de agressieve regimes van Duitsland en Italië werden aangehangen.¹⁶² Soms hing het ontstaan van nieuw recht en nieuwe denkbeelden over dat recht samen met idealen die ook elders in de samenleving opdoken, zoals in de jaren zeventig de behoefte aan medezeggenschap op de werkvloer ontstond in een maatschappij waarin het afbreken van oude gezagsstructuren op de agenda stond. In een ander geval hing het ontstaan van nieuw recht sterk samen met economische ontwikkelingen. In de jaren negentig werd onder invloed van de verhevigde blootstelling aan wereldwijde concurrentie, de behoefte van bedrijven aan ordening min of meer ingeruild voor een behoefte aan flexibilisering van het recht, waaronder het arbeidsrecht. De wetgever trad deze behoefte tot op zekere hoogte tegemoet. Arbeidsrechtgeleerden reageerden hierop.

¹⁶² Veneziani 2009, p. 100.

Wetgeving, tijdgeest en economie zijn kortom onderhevig geweest aan een zekere ontwikkeling, en in de typering van het arbeidsrecht door rechtsgeleerden is dit gegeven uiteraard terug te vinden.

Een tweede verklaring voor de diversiteit aan beginselen die als belangrijke of zelfs de belangrijkste beginselen van het arbeidsrecht worden aangewezen, is te vinden in de (rechts)politieke voorkeuren van de beoefenaars van het arbeidsrecht. Het debat over beginselen in het recht heeft, in ieder geval in het arbeidsrecht, een zekere normatieve lading. Impliciet of expliciet nemen rechtsgeleerden met het bepalen van een standpunt in dit debat een rechtspolitieke kleur aan. Uiteraard zijn zij daarbij steeds gebonden aan de contouren van het positieve recht. Rechtsgeleerden kunnen de ruimte die het positieve recht biedt tot op zekere hoogte benutten voor uiteenlopende 'rechtspolitieke' interpretatie of analyse. Zij kunnen daarnaast de beginselen die volgens hen prevaleren in het positieve recht bekritisieren vanuit hun eigen rechtspolitieke voorkeur.

Voor eerdere generaties was de aanwezigheid van politieke voorkeuren bij arbeidsrechtsgeleerden wellicht vanzelfsprekender dan voor de huidige generatie. Molenaar bijvoorbeeld benoemde in zijn standaardwerk veelal zonder voorbehoud de ideologische achtergronden van zijn opponenten.¹⁶³ Deze openheid had wellicht te maken met het op dat moment vanzelfsprekende fenomeen van de verzuiling.¹⁶⁴ Thans zijn die voorkeuren van rechtsgeleerden minder bekend, en geldt het aanmerken van een bepaald standpunt als 'rechtspolitiek' onder juristen vermoedelijk nog minder dan toen als een compliment. Hoe dit ook zij, het reduceren van de standpunten van de betreffende rechtsgeleerden tot hun politieke voorkeuren doet bovendien geen recht aan de complexiteit van de materie. De diverse visies in het arbeidsrecht die hiervoor zijn geschetst kunnen immers, zo is gebleken, vaak worden ingezet zowel op een werknemersvriendelijke als op een werkgeversvriendelijke wijze, en daarmee politiek gezien 'links' of 'rechts' uitpakken. De institutionele leer lijkt op het eerste gezicht bijvoorbeeld rechts-conservatief, maar kan ook ingezet worden om werknemers meer zeggenschap te geven in de onderneming, 'in het belang van het instituut'. De contractualistische visie op het arbeidsrecht kan in het ergste geval worden ingezet om de plicht tot nakoming van 'worgcontracten' door de werknemer te legitimeren, en kan daarmee als conservatief liberaal worden aangemerkt, maar evenzogoed kan het worden ingezet om tegenwicht te bieden aan de werkgeversvriendelijke invulling van de institutionele of paternalistische visie op het arbeidsrecht. De rechtspolitieke diversiteit kan dus maar gedeeltelijk verklaren waarom voor de ene of de andere invalshoek wordt gekozen.

163 Molenaar 1953. In hoofdstuk V schetst hij de socialistische visie op het arbeidsrecht (Sinzheimer, Mok, en Levenbach); voorts de rooms-katholieke visie (Nolens) en de liberale visie (o.a. Thorbecke, Van Houten, Kerdijk); de opvattingen van Levenbach (socialist) Van Esveld (liberaal), F. van der Ven en J. van der Ven (katholiek). Molenaar zelf wordt onder de liberalen gerekend (Jansen en Loonstra 1992, p. 97).

164 Zijn openheid kan ook worden verklaard door zijn polemiserende natuur. Zie Jansen en Loonstra 1992, p. 97.

De diversiteit is ten derde echter minder groot dan het op het eerste gezicht lijkt. Er is namelijk een bepaalde constante factor aan te wijzen in de arbeidsrechtelijke doctrine. In de afscheidsrede van Levenbach stipte hij de eigen karakterspullen van het arbeidsrecht nog eens aan. Hij noemde daarbij ten eerste het feit dat de arbeidsverhouding de arbeidende mens persoonlijk in onderschikking brengt. De arbeider behoeft daarbij rechtsbescherming 'om zijn menselijke waardigheid ten volle tot haar recht te doen komen.' Ten tweede is volgens hem van belang dat de verhouding niet ziet op 'losse ruil, doch [op] een organisatorische betrekking in een geheel'.¹⁶⁵ Deze opsomming vat mijns inziens adequaat samen wat het kernprobleem is in het arbeidsrecht. Kernachtig uitgedrukt gaat het in het arbeidsrecht om twee 'polen': de bescherming van de persoonlijke belangen van individuele werknemers versus de behartiging van het belang van de onderneming als organisatie, met een collectiviteit aan belanghebbenden. Beide kanten vertegenwoordigen respectabele belangen en waarden. Typerend voor het arbeidsrecht is bijgevolg niet zozeer de dominantie van één van beide 'polen', maar juist de spanning daartussen. In sommige van de besproken typeringen komt maar één van beide polen aan bod. Toch zullen de meeste arbeidsrechtgeleerden zich in (varianten van) beide polen kunnen herkennen. Hun typering is vaak niet als uitputtend bedoeld. Zij typeren soms slechts een deel van het recht. Wellicht laten arbeidsrechtgeleerden die maar een van beide polen behandelen, bewust¹⁶⁶ of onbewust een (tegen)pool onbenoemd. Men ziet de onbenoemde pool bijvoorbeeld als heteronoom, van buiten komend recht en de benoemde pool als het autonome, 'eigenlijke' recht,¹⁶⁷ zodat men in bijvoorbeeld de contractuele visie liefst het 'civiele' arbeidsrecht typeert, terwijl het van buiten komende 'publieke' arbeidsrecht buiten beschouwing blijft. Of de onbenoemde pool wordt juist als hoofdregel gezien en de gekozen typering als de belangrijke uitzondering. Dat is wellicht het geval bij het noemen van werknemersbescherming als meest typerende kenmerk van het arbeidsrecht.

Werknemersbescherming is vanzelfsprekend een uitzondering op het contractenrecht, maar zoals is gebleken in hoofdstuk 9, is het ook een uitzondering op het beginsel van de vrije organisatie van de onderneming. Opvallend is dat het beginsel van vrije organisatie van de onderneming als zodanig niet vaak wordt aangemerkt als een hoofdregel of een belangrijke waarde van het arbeidsrecht. Wel wordt gewezen op de beperkingen die het arbeidsrecht aanbrengt op die vrijheid, of er wordt gewezen op een tekort aan die beperkingen. Mogelijk wordt het beginsel van vrije organisatie van de onderneming door velen niet zozeer gezien als een kenmerk van het arbeidsrecht, maar eerder als een 'natuurlijke toestand' of een vanzelfsprekend gegeven, waar het recht nu juist correcties op aan kan brengen. Uit de beschrijving van het systeem van het arbeidsrecht in hoofdstuk 9, kan mijns inziens echter worden opgemaakt dat het beginsel van de vrije organisatie van de onderneming ook gezien kan worden als een belangrijke waarde die tot uitdrukking komt in het recht. Die waarde wordt wel onderkend in de paternalistische en institutionele visies op het arbeidsrecht.

¹⁶⁵ Levenbach 1966, p. 6.

¹⁶⁶ Duk 1986, p. 173, merkt bijvoorbeeld zelf al op dat het aanmerken van de beschermingsgedachte als belangrijkste kenmerk van het arbeidsrecht eenzijdig is, omdat het bestaan van het gezag op veel punten uitgangspunt zal blijven.

¹⁶⁷ Zie voor deze tegenstelling Molenaar 1953, hoofdstuk VI.

Conclusie systematisch deel

Vanwege de gelaagde structuur van het BW is het algemene contractenrecht in beginsel ook van toepassing op het arbeidsovereenkomstenrecht. De specifieke kenmerken van de arbeidsovereenkomst brengen echter met zich, dat veel van de leerstukken uit het algemene contractenrecht niet zonder meer toegepast kunnen worden in het arbeidsrecht.

In het algemene contractenrecht vormt de veronderstelling dat beide partijen bij een overeenkomst in volledige vrijheid hun wil kunnen bepalen, een belangrijk uitgangspunt. Dit uitgangspunt rechtvaardigt de regel dat de overeenkomst in beginsel moet worden nagekomen. Is de onderhandelingspositie tussen partijen evenwichtig, zoals bij zogeheten 'commerciële' partijen, dan wordt die regel dan ook strikt gehandhaafd. Dat brengt onder andere met zich mee, dat verandering van (al dan niet persoonlijke) omstandigheden van een contractspartij, alleen bij hoge uitzondering verandering van de rechten en verplichtingen uit de overeenkomst mee kan brengen ten gunste van die contractspartij.

Zoals is gebleken in hoofdstuk 9, is het beginsel van gebondenheid aan het contract in het arbeidsrecht in veel gevallen niet maatgevend, al was het alleen maar omdat de rechtsverhouding tussen partijen in veel gevallen niet door het contract wordt bepaald, maar door de uitoefening van de gezagsbevoegdheid door de werkgever. De structurele juridische en economische ongelijkheid tussen partijen heeft de wetgever en rechters regelmatig gebracht tot relativering van het contract en begrenzing van de gezagsbevoegdheid. Bij het zoeken naar die grenzen moeten veelal bedrijfs-economische belangen van de werkgever worden afgewogen tegen persoonlijke belangen van de werknemer. Veel dwingend recht wordt gerechtvaardigd door de wens van de wetgever om de persoonlijke belangen van de werknemer te beschermen, zoals diens lichamelijke veiligheid en integriteit, diens belang bij het behoud van zijn baan, en ook diens belang bij een leefbare balans tussen werk en privéleven.

Uit het voorgaande is echter ook gebleken, dat bij de belangenafweging die rechters maken los van dat dwingende recht, de organisatiebelangen van de werkgever doorgaans relatief zwaar mogen wegen. Persoonlijke belangen van de werknemer vallen daarbij niet zelden in het niet. De organisatiebelangen van de werkgever wegen zelfs

zo zwaar, dat door de werkgever inbreuk gemaakt kan worden op het beginsel van gebondenheid aan de overeenkomst, zoals bij een wijzigingsvoorstel van de werkgever. In het geval van de bedrijfseconomische opzegging of ontbinding geldt voor de bedrijfseconomische belangen van de werkgever voorts geen zware bewijslast, en wegen de daar tegenover te stellen persoonlijke belangen van de werknemer op beperkte, want gestandaardiseerde wijze mee. Waar persoonlijke belangen wel zwaar wegen, komt dit doorgaans niet tot uitdrukking in de verplichting van de werkgever om zijn organisatie aan te passen, maar in financiële aanspraken van de werknemer op de werkgever. Dit valt bijvoorbeeld terug te vinden in het gemak waarmee enerzijds arbeidsovereenkomsten op verzoek van de werkgever worden ontbonden en anderzijds een vergoeding wordt toegekend aan de werknemer. Tevens valt dit terug te vinden in de voor de werknemer doorgaans relatief gunstige risicoverdeling voor werkgerelateerde schade van de werknemer en diens loonaanspraken wanneer geen arbeid is verricht.

In de arbeidsrechtelijke doctrine is deze belangenafweging terug te vinden, zij het verspreid over diverse leerstukken. Het typerende van het arbeidsrecht is in veler ogen, de werknemersbescherming. Deze komt met name tot uitdrukking in het dwingende 'publieke' recht, zoals de arbeidstijdenwetgeving, arbeidsomstandighedenwetgeving en ook voor een belangrijk deel de ontslagbescherming. Anderzijds wordt door sommigen gewezen op het feit dat de vrije gezagsuitoefening of de vrijheid de organisatie optimaal in te richten ook een belangrijk kenmerk is van de invulling van rechten en plichten in de arbeidsovereenkomst. De visies in de doctrine die hier op wijzen zijn de paternalistische en institutionalistische visie op de arbeidsovereenkomst. De belangrijke rol die de waarde van vrije gezagsuitoefening speelt is niet het gevolg van een keuze van de wetgever in dwingendrechtelijke bepalingen. Het is wel terug te vinden in de inkleuring van rechten en verplichtingen in de arbeidsovereenkomst door rechters. Hierin speelt de waarde van de vrije organisatie van de onderneming een dermate belangrijke rol dat gesproken kan worden van een beginsel dat mede ten grondslag ligt aan het systeem van het arbeidsrecht. De vrijheid van de werkgever wordt, door rechters en ook volgens de doctrine, tot op zekere hoogte wel beperkt door procedurele behoorlijkeidsnormen, aangeduid als de normen van goed werkgeverschap.

Kort samengevat worden de persoonlijke belangen van de werknemer in het arbeidsrecht inhoudelijk beschermd middels dwingend recht. Daarbuiten wegen de belangen van de werkgever bij de vrije organisatie van zijn onderneming doorgaans zwaarder. Behoudens dwingend recht wordt de organisatievrijheid van de werkgever in de rechtspraak marginaal gecorrigeerd door procedurele normen, en daarnaast door financiële aanspraken van de werknemer op de werkgever.

Deze belangenafweging is kenmerkend voor het arbeidsovereenkomstenrecht. Het in de jaren negentig ingevoerde arbeidstijden- en verlofrecht wijkt sterk af van deze belangenafweging. Werkgevers moeten op grond daarvan nu juist wel hun organisatie aanpassen aan de verminderde beschikbaarheid van individuele werknemers. Het persoonlijke belang bij een leefbare balans tussen werk- en privétijd weegt in

deze regelgeving bij voorbaat zeer zwaar. Zo zwaar zelfs, dat dat belang in veel gevallen niet hoeft te worden toegelicht. Deze wetgeving is niet alleen een breuk met het contractenrecht vanwege de doorkruising van de contractvrijheid. De wetgeving is vooral een breuk met het beginsel van vrije organisatie van de onderneming. Die breuk, zo is gebleken in hoofdstuk 3 en 4, kwam ook op het gebied van arbeidstijden en verlof al eerder voor in het arbeidsrecht. Tot dan toe was deze vrijheid door de wetgever echter voornamelijk beperkt op collectieve wijze. Nu moet de organisatie van de onderneming veel vaker aangepast worden aan individuele werknemers. Door de verhoogde arbeidsparticipatie van vrouwen met zorgtaken, betreft het bovendien niet een enkele werknemer, maar in potentie een groot deel van de beroepsbevolking. Daarmee is begrijpelijk dat de 'responsieve' arbeidstijden- en verlofwetgeving vanaf de jaren negentig door sommigen is aangemerkt als revolutionair.

DEEL III Discussiedeel

Inleiding discussiedeel

In hoofdstuk 2 t/m 6 is de historische ontwikkeling van de positiefrechtelijke risicoverdeling met betrekking tot de bescherming van tijd voor privébezigheden beschreven. Hieruit is gebleken, dat de komst van vrouwen op de arbeidsmarkt vanaf de jaren zeventig een aantal veronderstellingen van het toenmalige arbeidstijden- en verlofrecht ondergroef. Een veronderstelling was bijvoorbeeld dat bijna alle werknemers in beginsel in dezelfde mate beschikbaar waren voor arbeid, en dat het begrenzen van arbeidstijden en het geven van verlofrechten dus voor nagenoeg alle werknemers hetzelfde kon zijn, enkele bijzondere groepen zoals zwangeren en jongeren uitgezonderd. Werknemers met zorgtaken konden niet aan die veronderstelling voldoen. De wetgever heeft hun participatie op de arbeidsmarkt om uiteenlopende redenen willen bevorderen. Daartoe werden rechten gecreëerd waarmee arbeidstijden en verloven individueel konden gaan variëren al naar gelang de behoefte van de werknemer. Door commentatoren werd de introductie van deze, door mij als 'responsief' aangeduide wetgeving, ervaren als een zeer bijzondere ontwikkeling, waardoor de grenzen tussen werk en privé waren gaan schuiven. Gezegd werd dat de werkgever verantwoordelijk was geworden voor omstandigheden die 'eigenlijk' privé zijn.

Daarbij had men kennelijk een bepaalde andere risicoverdeling voor persoonlijke omstandigheden voor ogen, die 'eigenlijk' van toepassing was. Die eigenlijke of oorspronkelijke risicoverdeling, was vermoedelijk de risicoverdeling die tot dan toe doorgaans in het arbeidsrecht werd gemaakt. In hoofdstuk 7 t/m 10 is bestudeerd, welke risicoverdeling tussen werk en privékwesaties doorgaans wordt gemaakt in het systeem van het arbeidsrecht, en in hoeverre die risicoverdeling afwijkt van de afweging in het in de jaren negentig ingevoerde arbeidstijden- en verlofrecht. In dit systematische deel is gebleken, dat de wetgever de werknemer in veel opzichten bescherming biedt. Die bescherming betreft in veel gevallen belangen die als persoonlijk kunnen worden aangemerkt. Daar wijkt de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving dus niet in bijzondere mate van af. Als er geen bijzondere wetgeving is, is echter gebleken dat de rechter de belangen van de werkgever bij de vrije organisatie van zijn onderneming meestal zwaarder laat wegen dan de persoonlijke belangen van de werknemer, zij het dat de werknemer wel geregeld aanspraak heeft op een financiële vergoeding als hij de nadelen ondervindt van die vrije organisatie. Kort samengevat is het uitgangspunt van het systeem van het

arbeidsrecht derhalve dat de organisatievrijheid van de werkgever zwaarder weegt dan persoonlijke belangen bij de vrije organisatie van zijn privéleven van de werknemer, behoudens dwingendrechtelijke bescherming van de werknemer. Omdat de organisatievrijheid van de werkgever het in de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving nu juist aflegt tegen de vrije organisatie van het privéleven door de werknemer, maakt die wetgeving inderdaad een revolutionair te noemen inbreuk op het uitgangspunt van organisatievrijheid van de werkgever.

In dit discussiedeel wordt over dit gegeven een aantal vragen aan de orde gesteld die niet alleen positiefrechtelijk zijn. Ten eerste kan een discussie gevoerd worden over de rechtvaardiging van de ingrepen van de wetgever. Was er sprake van vrije keuze van de wetgever voor deze ingrepen, of werd de invoering ervan ingegeven door hoger recht? Voor zover er sprake was van een vrije keuze, hoe heeft de wetgever deze keuze gerechtvaardigd? Heeft de wetgever een overtuigende rechtsgrond aangedragen? In hoofdstuk 13 wordt nog eens stilgestaan bij de vraag, welke rechtvaardiging de wetgever heeft aangevoerd voor het verschuiven van de grenzen tussen werk en privé in het arbeidstijden- en verlofrecht vanaf begin jaren negentig. Daarbij wordt besproken in hoeverre fundamentele grondslagen voor deze wetgeving gezocht kunnen worden in het grondrecht op gelijke behandeling tussen man en vrouw, en het grondrecht op privacy.

Discussie kan ook gevoerd worden over de mogelijke gevolgen van deze regelgeving. Inmiddels zijn twintig jaar verstreken sinds de eerste wetgeving op dit terrein werd ingevoerd. De werkgever heeft meer verantwoordelijkheid gekregen voor privéomstandigheden. Welke betekenis heeft dit gehad voor de arbeidsrelatie? Kan de werkgever thans vaker worden gevraagd rekening te houden met persoonlijke omstandigheden, ook buiten de betreffende wetgeving om? Betekent deze verschuiving van de grenzen tussen werk en privé anderzijds ook dat de werkgever zich dan ook vaker met de invulling van die privéomstandigheden mag bemoeien? In hoofdstuk 14 worden deze vragen besproken voor zover ze te maken hebben met conflicten inzake arbeidstijden en verlof. Deze vragen raken het leerstuk van doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen, in het bijzonder het recht op privacy. Daarom komt ook de reikwijdte en doorwerking van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer aan de orde. Ten slotte wordt afgesloten met een beschouwing over de toepassing van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als het gaat om arbeidstijden- en verlofrechten in het arbeidsrecht.

13

Rechtvaardiging van het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht

13.1 Inleiding

Wetgeving om de combinatie van arbeid en zorg te vergemakkelijken werd, zo is gebleken uit hoofdstuk 4, ingevoerd vanuit de ideële en economisch gemotiveerde doelstelling om vrouwen in de gelegenheid te stellen deel te nemen aan betaalde arbeid, zonder dat zij hun zorgtaken geheel hoeven uit te besteden. Vanuit het perspectief van de werkgever kan de vraag worden gesteld, waarom nu juist hij zou moeten bijdragen aan het bereiken van dit door de wetgever gewenste doel. Werkgevers worden immers belast met de gevolgen van de privékeuzes van werknemers. Daarmee wordt het belang bij vrije organisatie van de onderneming ondergeschikt gemaakt aan het belang bij vrije inrichting van het privéleven. Zoals is gebleken in de conclusie van het systematische deel, is dit een omkering van waarden als men het vergelijkt met het systeem van het arbeidsrecht tot dan toe. De vraag is daarom hoe deze omkering van waarden kan worden gerechtvaardigd.

Het meest eenvoudige antwoord op deze vraag zou zijn: omdat internationaal recht de wetgever daartoe dwong. In hoeverre dat het geval is, wordt bestudeerd in par. 13.2. Meestal volstaat de wetgever echter niet met het verwijzen naar internationaalrechtelijke verplichtingen. Doorgaans worden ook inhoudelijke argumenten aangevoerd. Door sommige juristen worden deze argumenten wel aangeduid als de 'rechtsgrond' of 'ratio' van een bepaalde bepaling.¹

De verantwoording door de wetgever van verschuivingen in verantwoordelijkheden inzake arbeid en zorg blinkt niet steeds uit door helderheid en eenduidigheid.² De 'ratio' van een wet kan daar niet altijd gemakkelijk uit worden gedestilleerd, al was het alleen maar omdat zoveel verschillende argumenten worden aangevoerd ter

1 Bv. Bakels 1965, p. 9 en Van Esveld 1946, p. 174-175 zoeken naar de rechtsgrond voor het uitvaardigen van arbeidsrechtelijke regels (par. 10.3).

2 Dat wekt ook nauwelijks verbazing. 'De wetgever' bestaat immers uit een samenstel van vele actoren die verschillende opvattingen, doelstellingen en beweegredenen kunnen hebben (kamerleden en ministers van verschillende politieke gezindte), die op hun beurt weer kunnen verwijzen naar opvattingen in adviezen van bijvoorbeeld de SER of de Emancipatieraad.

rechtvaardiging van een bepaald wetsvoorstel. In het navolgende wil ik de aangevoerde argumenten nog eens de revue laten passeren, en er hier en daar zelf nog argumenten aan toevoegen. Ik zal de argumenten onderbrengen bij twee 'toetsen'.

Ten eerste kan men een toets aanleggen vanuit het perspectief van de wetgever. In die benadering wordt de bevoegdheid van de wetgever tot het veranderen van civielrechtelijke regelgeving als gegeven aanvaard. Het gebruik van die bevoegdheid moet wel gemotiveerd worden met een beschouwing over de bijdrage aan een bepaald maatschappelijk gewenst doel. Bovendien moet getoetst worden of middelen die de wetgever inzet om dit belang te dienen wel deugdelijk zijn. Staatsrechtgeleerden spreken in dat verband ook wel over de 'motiveringsplicht' van de wetgever.³ Dit wordt behandeld in par. 13.3.

Ten tweede kan men een toets aanleggen vanuit het perspectief van het arbeids-overeenkomstenrecht. Daarmee bedoel ik een toets waarin als uitgangspunt geldt, dat afwijking van het bestaande civiele recht of de daarin besloten liggende beginselen, gerechtvaardigd moet worden door een nieuw rechtvaardigheidsbeginsel of een nieuwe toepassing van bestaande rechtvaardigheidsbeginselen. Anders dan in de eerste toets is men daarbij niet zozeer op zoek naar maatschappelijk gewenste doelen en de meest geschikte manier ter verwezenlijking daarvan, maar eerder naar een of meer beginselen die de inbreuk op het bestaande systeem kunnen rechtvaardigen. Met deze toets heb ik proberen weer te geven wat rechtsgeleerden bedoelen als zij op zoek zijn naar (een enkele) 'ratio' of 'rechtsgrond' van wetgeving. Dit wordt behandeld in par. 13.4.

Ten derde kan men de wetgeving ook zien als regels waarin aan bepaalde grondrechten ten grondslag liggende beginselen tot uitdrukking worden gebracht, ook al is daarvoor geen dwingende internationaalrechtelijke verplichting aan te wijzen. In dit geval zijn dat het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen of het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Dit wordt behandeld in par. 13.5. Het gaat hier niet om een afzonderlijke toets, maar om een invulling van de beginselen waar naar wordt gezocht in de tweede toets. In het volgende hoofdstuk wordt op die laatste rechtvaardigingsgrond nader ingegaan in het bijzonder wat betreft de doorwerking van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

13.2 Rechtvaardiging op grond van supra-nationale normen

De Nederlandse wetgever heeft zich niet zelden laten inspireren door verdragen en aanbevelingen waarin richtlijnen waren opgenomen over het begrenzen van arbeidstijden en het toekennen van verlof. Dergelijke verdragen waren echter niet vaak bindend of brachten een dwingende noodzaak mee om de betreffende regelgeving in te voeren. Zelfs als die noodzaak er ogenschijnlijk wel was, liet de wetgever zich daar niet altijd iets aan gelegen liggen. Op het gebied van arbeidstijden meent Burger

³ Waaldijk 1994.

bijvoorbeeld dat de invloed van internationale normen eigenlijk vrij indirect is. De Arbeidswet 1919 kwam tot stand voordat de aanbeveling van de IAO op dat punt gereed was. De overheid heeft zich daarna nooit actief bezig gehouden met verkorting van de arbeidsduur. Dit werd overgelaten aan de sociale partners. IAO conventies werden op dat punt dan ook maar beperkt aanvaard.⁴ Soms was een internationaal verdrag niet meer dan een extra argument. Ter rechtvaardiging van het feit dat de minister het recht op vakantie in 1966 wettelijk wilde vastleggen ondanks het feit dat de meeste werknemers dat recht al hadden, verwees de minister bijvoorbeeld naar aanbeveling 98 van de IAO uit 1954 en art. 2 lid 3 en 7 lid 7 van het ESH.⁵ Soms kwamen internationale verdragen niet eens ter sprake. In de voorbereiding van de Arbeidstijdenwet 1996 werd volgens Burger niet gerefereerd aan verdragsregels, hoewel de minimumnormen van de Arbeidstijdenrichtlijn wel werden gevolgd.⁶ Sommige normen van het ESH en IAO-conventies werden echter overschreden.⁷ De invloed van dergelijke normen op de beperking van arbeidsduur is volgens Burger in ons land al met al voornamelijk indirect geweest, bijvoorbeeld als inspiratiebron voor de wetgever of bij wijze van streep punt voor de vakbonden.⁸

Datzelfde valt te zeggen over verlofrechten: internationale verdragen dienden vaak als inspiratie, maar verplichtten de wetgever niet om tot de betreffende wetgeving over te gaan. Hoewel verdrag no. 3 van de IAO door Nederland niet was geratificeerd, was het wel richtinggevend voor de inkomensbescherming tijdens het zwangerschapsverlof.⁹ Hetzelfde beeld komt terug in de jaren negentig. De ontwikkeling van rechten op zorgverlof werd geïnspireerd door internationale normen op dit vlak. Een voorbeeld van die normen was het ontwerp voor de Europese Richtlijn inzake het ouderschapsverlof en verlof om gezinsredenen.¹⁰ Ook werd in 1988 het IAO-verdrag 156 betreffende gelijke kansen en gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke arbeiders: arbeiders met gezinsverantwoordelijkheid' uit 1981 door Nederland geratificeerd.¹¹ Dit verdrag verplichtte de lidstaten om maatregelen te nemen die de combineerbaarheid van betaalde arbeid en zorgtaken moest vergemakkelijken. Dat leidde tot het recht op ouderschapsverlof in 1991. Aanleiding om over te gaan tot het creëren van een wettelijk recht op gelijke behandeling van deeltijders was ten slotte onder andere de ondertekening van het IAO-verdrag over deeltijdwerk en Europese ontwikkelingen.¹²

4 Burger 1998, p. 374.

5 Zie *Kamerstukken II* 1962/63, 7 168, nr. 3, p. 4-5.

6 Burger 1998, p. 404.

7 Burger 1998 p. 375, 381, 390.

8 Burger 1998, p. 404.

9 De hoogte van de ZW-uitkering bij zwangerschapsverlof was in 1913 op 100% gesteld. Dit was volgens Monster 1995, p. 58 het resultaat van een politiek compromis over de duur van het verlof bij de totstandkoming van de ZW in 1911 (*Handelingen II* 1911/12, nr. 56.20, p. 2-3). Nadien meende minister Talma echter ook dat een uitkering van 100% nodig was om aan het IAO-verdrag nr. 3 te voldoen (*Handelingen II* 1927/28, nr. 205.3, p. 10).

10 PbEG 1982, C 186/3. Vgl. Prechal 1985, p. 250; Monster en Timmers-de Vin 1989, p. 204. De Richtlijn werd in 1985 afgeblazen wegens verzet van het Verenigd Koninkrijk.

11 Op 24 maart 1988, zie www.ilo.org.

12 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 6.

Nederland liep derhalve geregeld enige tijd vooruit op Europese verplichtingen met het invoeren van bijvoorbeeld ouderschapsverlof en het verbod van onderscheid op arbeidsduur. Voor het invoeren van die wetgeving had de wetgever zich soms laten inspireren door de initiatieven die al genomen waren binnen Europa of de IAO. Inmiddels is het invoeren van dergelijke wetgeving soms ook verplicht op grond van Europese Richtlijnen. Misschien als gevolg van deze parallelle wetgevingstrajecten heeft Nederland op sommige punten bovenminimale regels.¹³

Er zijn twee onderdelen van het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht die echter helemaal niet in Europeesrechtelijke verplichtingen terug te vinden zijn. Dat zijn het recht op aanpassing van de arbeidsduur (de WAA), en het recht op aanpassing van de arbeidstijdpatronen aan persoonlijke omstandigheden (art. 4:1a Artw). Het is wellicht niet toevallig dat dit nu juist de onderdelen van het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht zijn, waar in werkgeverskringen de meeste weerstand tegen ontstond (zie par. 3.4.3 en par. 4.5.4.).

Concluderend kan niet gesteld worden, dat de Nederlandse wetgever geen andere keus had dan de invoering van het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht. Op het moment van invoeren zelf was dat vaak (nog) niet het geval, en bij de meest spraakmakende onderdelen van dat recht is dat nog steeds zo. Voor de rechtvaardiging van de invoering van dat recht moet dus naar inhoudelijke gronden worden gekeken.

13.3 Rechtvaardiging vanuit het perspectief van de wetgever

De wetgever doet zoals bekend veelal moeite om te motiveren waarom voor een bepaald wetsvoorstel is gekozen, bijvoorbeeld in de memorie van toelichting bij een wetsvoorstel. Onder andere in de Aanwijzingen voor de regelgeving (AWR) is uitvoerig beschreven waar in dat verband allemaal aan gedacht moet worden.¹⁴ Staatsrechtgeleerden spreken in dat verband wel over de motiveringsplicht of motiveringsplichten van de wetgever.¹⁵ De rechtvaardiging van een wet door de wetgever kan worden getoetst aan de hand van de maatstaven die de motiveringsplicht meebrengt. Met name twee bestanddelen van de motiveringsplicht zijn voor die rechtvaardiging relevant, namelijk de motivering van de doelmatigheid en de

13 De inkomensbescherming bij zwangerschapsverlof is in Nederland hoger dan verplicht (zie par. 5.3.2). De duur van het ouderschapsverlof is langer dan verplicht. Volgens clause 2 lid 1 Richtlijn 1996/34/EG bedraagt de minimumduur drie maanden. Dit was in Nederland in 1990 gesteld op 6 maanden (mits men minstens 20 uur bleef werken). Vanaf 1997 is het, mede in verband met invoering van de Richtlijn, teruggebracht naar 13 weken, die flexibeler op te nemen waren. In 2009 is de regeling vrij geruisloos verruimd tot 26 weken. Zie par. 4.5.1.

14 Aanwijzingen voor de regelgeving, Stcrt. 1996, 177, zoals nadien gewijzigd; zie vooral par. 2.1 inzake het gebruik van regelgeving. Daarnaast valt te denken aan aanwijzingen van de Raad van State, de Commissie voor de Toetsing van wetgevingsprojecten, en aanwijzingen in de literatuur. Zie uitvoerig Waaldijk 1994, p. 204, e.v.

15 Waaldijk 1994.

motivering van de proportionaliteit van de voorgestelde wetgeving.¹⁶ In het kader van de doelmatigheid kan aan de orde komen welke doelen de wetgever presenteerde, hoe die doelen werden gelegitimeerd, en hoe het middel werd gerechtvaardigd. In het kader van de proportionaliteit kan worden bekeken in hoeverre de wetgever zich niet alleen heeft uitgelaten over de maatschappelijke voordelen die deze wetgeving mee zou brengen, maar ook over de maatschappelijke nadelen of de te verwachten lasten voor individuele burgers, in dit geval werkgevers, en of de baten zijn afgewogen tegen de lasten.

In hoofdstuk 4 is al uitvoerig aangegeven op welke manier het wetgevingsbeleid zich op dit vlak heeft ontwikkeld en waarom. In het navolgende wordt in grote lijnen nog eens aangegeven, welke soort argumenten de wetgever heeft gepresenteerd, en in hoeverre die onder te brengen zijn bij de genoemde elementen van de motiveringsplicht. Volgens deze toets wordt de wetgevende bevoegdheid als zodanig niet ter discussie gesteld. De bevoegdheid van de wetgever tot het veranderen van civielrechtelijke regelgeving, ook als dit een inbreuk op het tot dan toe geldende systeem meebrengt, wordt als gegeven aanvaard. Daarom benoem ik deze toets als de rechtvaardiging vanuit het perspectief van de wetgever.

Doelmatigheid

Volgens aanwijzing 7 AWR voor de regelgeving moeten de doelstellingen die met een regeling worden nagestreefd, zo concreet en nauwkeurig mogelijk worden vastgesteld. Er moet onderzoek verricht worden naar de relevante feiten en omstandigheden met betrekking tot het bewuste onderwerp. De noodzaak van overheidsinterventie dient te worden aangetoond en eventuele alternatieven moeten worden onderzocht en tegen elkaar afgewogen. De legitimatie van de doelstelling wordt in de AWR overigens niet met zoveel woorden genoemd. Wel moet in de memorie van toelichting van een wetsvoorstel verantwoording worden afgelegd van de regeling (aanwijzing 212), hetgeen men kan opvatten als een verantwoording van de rechtmatigheid van een voorstel middels een toets aan hoger recht of hogere beginselen van recht.¹⁷

Zoals uit het voorgaande al bleek, zijn in de parlementaire discussie verschillende doelstellingen genoemd van de responsieve arbeid- en zorgwetgeving. De kern van deze wetgeving is, kort gezegd, het faciliteren van de combinatie van arbeid en zorg door één persoon.¹⁸ Het faciliteren van deze combinatie kan bijdragen aan een evenrediger verdeling van arbeid en zorg over mannen en vrouwen. De wetgever

16 De aanwijzingen voor de regelgeving laten zich overigens nog over heel veel andere zaken uit, die echter minder te maken hebben met rechtvaardiging van wetgeving en meer met de techniek ervan.

17 Waaldijk 1994, p. 211-219. Hij noemt beginselen als het beginsel van rechtszekerheid, het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel en het verbod van willekeur.

18 Men kan er over twisten of dit een doel is of een middel. Het doel 'de combinatie van arbeid en zorg faciliteren' kan worden gelegitimeerd door de doelstelling om arbeidsparticipatie te bevorderen. Dat laatste kan vervolgens zelf ook als doel worden benoemd, waarmee de combinatie van arbeid en zorg een middel wordt. Zie over de doelvermelding ook Waaldijk 1994, p. 206 e.v.

heeft argumenten aangevoerd om dat doel te rechtvaardigen in daaraan verbonden doelstellingen. Die rechtvaardiging wordt niet alleen gezocht in het profijt dat individuele belanghebbenden van de arbeid- en zorgwetgeving zullen hebben, maar ook in maatschappelijke en economische doelstellingen.¹⁹ Het profijt van de belanghebbenden zelf kan gelegen zijn in emancipatie- en ontplooiingsdoelstellingen. Daarmee wordt tegelijkertijd een maatschappelijke doelstelling nagestreefd. Het verwezenlijken van deze doelstellingen komt volgens de wetgever de 'leefbaarheid' van de maatschappij als geheel ten goede. Zo is wel gewezen op de bijdrage die de arbeidsparticipatie van moeders kan leveren aan de sociale cohesie. Zoals is gebleken in hoofdstuk 4, werd daarnaast vanaf de jaren negentig in toenemende mate gewezen op het economisch nut van een toenemende arbeidsparticipatie van vrouwen.

Het middel voor het bereiken van het doel is, zoals bleek, in het arbeidsrecht voornamelijk gelegen in het scheppen van 'responsieve' arbeidstijden- en verlofrechten. De wetgever heeft zich ook willen verantwoorden voor de keuze van dit middel. Voor het formuleren van de doelstellingen en het gekozen middel is vaak uitvoerig onderzoek gedaan naar het maatschappelijke draagvlak daarvoor. De gekozen richting is vaak zorgvuldig voorbereid bijvoorbeeld door onderzoek van het Centraal Planbureau of het Sociaal en Cultureel Planbureau en consultatie van allerlei belanghebbende adviesorganen zoals de Emancipatieraad en de sociale partners in de SER en de STAR. Meestal is uitvoerig beraadslaagd met het parlement, ook voordat een concreet wetsvoorstel werd ingediend. Ook alternatieven zijn soms uitvoerig in kaart gebracht.²⁰ Bovendien ging de wetgever meestal niet over een nacht ijs. Er gingen vaak jaren overheen voordat een oorspronkelijk idee in wetgeving omgezet was.

De wetgever heeft zich bij de keuze voor de middelen voorts meermaals uitdrukkelijk ten doel gesteld slechts het 'minimaal noodzakelijke' te regelen. Om zeker te stellen dat ingrijpen van de wetgever noodzakelijk was, werden in een aantal gevallen eerst cao-partijen in de gelegenheid gesteld om 'afspraken op maat' te maken.²¹ Pas toen dat onvoldoende resultaat had, werden wetsvoorstellen gepresenteerd waarin werd getracht slechts het minimaal noodzakelijke te regelen. Daarvoor knoopte men meestal niet expliciet aan bij minimale verplichtingen in het internationale recht, maar de wetgever heeft niet vaak structurele rechten geschapen die daar boven uit stijgen.

Het minimaal noodzakelijke was volgens de wetgever het creëren van, kort samengevat, meer zeggenschap over arbeidstijd en verlof. Het bijbehorende verlies aan

19 Bv *Kamerstukken II* 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 6: "Tot nu toe waren de problemen van het combineren van arbeid en zorg vooral een privéverantwoordelijkheid van de werknemer. Het kabinet is van mening dat daarin verandering moet komen, omdat het duidelijk is dat er een groot maatschappelijk belang gemoeid is met het boeken van vooruitgang op dit terrein."

20 Zie voor een overzicht van de uitvoerige consultatie- en overlegondes bijvoorbeeld het overzicht in de Memorie van toelichting bij de Wazo, *Kamerstukken II* 1999/00, 27 207, nr. 3, p. 5-8.

21 Zie expliciet Discussienota Arbeid en Zorg, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 7-8.

inkomen wilde de wetgever echter alleen compenseren als het ging om kortdurende afwezigheid wegens zorgtaken of om bijzondere situaties als zwangerschap en adoptie. Daarom zijn vaak twijfels geuit over de vraag of de middelen wel geschikt waren om de gestelde doelen te bereiken (zie par. 4.5.2). Daarbij werd met name gewezen op het feit dat het ouderschapsverlof onbetaald was. Dit had als gevolg dat mannen deze verlofvorm minder vaak opnamen dan vrouwen. Daardoor werd de bestaande afhankelijkheid van vrouwen bestendigd, en werd de doelstelling van een gelijkmatiger verdeling van arbeid en zorgtaken niet gehaald. Aan het einde van de vorige eeuw stelde de wetgever zich in het algemeen echter steeds terughoudender op, en van dat uitgangspunt werd in het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht niet afgeweken. Substantiële financiering van verlof door de overheid of werkgevers was daarom uit den boze. Financiële ondersteuning door de overheid bleef beperkt tot bescheiden fiscale aftrekregels. De met de terughoudendheid te bereiken doelen wogen mitsdien kennelijk zwaarder dan het bevorderen van economische afhankelijkheid van vrouwen en het gelijkmatiger verdelen van arbeid en zorgtaken over mannen en vrouwen.

Ook de doelstelling om arbeidsparticipatie van vrouwen te verhogen werd uiteindelijk in de ogen van de wetgever te weinig verwezenlijkt met het verlenen van meer rechten op verlof. Een alternatief of aanvullend middel was het faciliteren van kinderopvang en andere uitbesteding van zorgtaken. Voor dit alternatief is in Nederland pas in een relatief laat stadium gekozen. Het werd wel al vanaf medio jaren negentig aangekondigd. De vertraging in de uitvoering van dit voornemen hangt vermoedelijk vooral samen met de kosten die daarmee samenhangen. Wellicht speelde ook een rol dat in Nederland een sterke culturele voorkeur bestaat voor het door de moeder laten verzorgen van jonge kinderen, en daar paste het aanmoedigen van betaalde kinderopvang niet bij. Die voorkeur is (nog) niet veranderd, en ook geldt nog immer het uitgangspunt van terughoudendheid in het algemene wetgevingsbeleid. Toch was er vanaf 2005 ruimte voor structurele en ruimhartige financiering van kinderopvang, met een aandeel van zowel de overheid als werkgevers. Deze wetgeving is vooral opmerkelijk in vergelijking met de achterblijvende financiering van verlof. Daarmee kan worden vastgesteld, dat in ieder geval sinds 2005 de wetgever meer over heeft voor verhoogde arbeidsparticipatie van vrouwen dan voor de wens om arbeid en zorg te kunnen combineren en zorgtaken evenrediger te verdelen tussen mannen en vrouwen.

Proportionaliteit

Aan de proportionaliteit tussen de baten van een wetsvoorstel en de lasten voor derden moet ook volgens de AWR aandacht worden besteed. Volgens aanwijzing 9 moet bij de afweging van de verschillende mogelijkheden tot overheidsinterventie gelet worden op de neveneffecten van een regeling en de lasten van een regeling voor de overheid en voor burgers, bedrijven en instellingen. Volgens aanwijzing 15 mogen de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een regeling niet onevenredig zijn in verhouding tot de met de regeling te dienen doelen.

Deze toets heeft in de memories van toelichting geen indrukwekkende invulling gekregen. Aan de lasten van de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving voor werkgevers zijn geen uitvoerige overwegingen gewijd door de wetgever. De paragrafen over de gevolgen voor het bedrijfsleven zijn summier en nauwelijks onderbouwd.²² Desalniettemin valt er een zekere afweging uit af te leiden.

Een manier om de belasting van werkgevers te rechtvaardigen, is door er op te wijzen dat ook werkgevers op de korte of langere termijn baat kunnen hebben bij de betreffende regelgeving, die op korte termijn zo belastend lijkt. Werkgevers worden volgens die benadering eigenlijk niet werkelijk benadeeld door de betreffende regels. Veeleer kunnen ze net als werknemers, worden aangemerkt als belanghebbende bij deze regels, ook al zien ze dat zelf misschien anders. Bij de invoering van de Arbeidswet 1919 speelde inderdaad een rol de overweging dat een uitgeruste werknemer een productievere werknemer was. Een soortgelijke rechtvaardiging is het economische en demografische doemscenario dat vanaf de jaren negentig werd gebruikt als argument voor de invoering van responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving. Vanwege de komende vergrijzing was het dwingende noodzaak dat vrouwen meer betaalde arbeid zouden gaan verrichten. De boodschap die hieruit spreekt, is dat werkgevers zelf er ook profijt van zullen hebben als de arbeidsmarkt over een aantal decennia niet ondraaglijk krap zou worden of als het beroep op de sociale zekerheid beperkt blijft. Op diverse plaatsen worden werkgevers dan ook aangemerkt als belanghebbende bij de nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling die de werkgever voorstaat.²³

Daarnaast wordt gewezen op de baten voor werkgevers op korte termijn. Voor wat betreft het recht op deeltijdarbeid werd bijvoorbeeld wel erkend dat er sprake kan zijn van een iets minder efficiënte bedrijfsvoering als het aantal deeltijdwerkers in een bedrijf of dienst toeneemt, omdat de werkzaamheden vaker overgedragen moeten worden. Hier staat volgens de wetgever echter tegenover dat de flexibiliteit van een bedrijf of dienst groter kan worden. De mogelijkheden om bedrijfstijden en arbeidstijden op elkaar af te stemmen zullen immers ook toenemen. Bovendien zullen werknemers volgens de wetgever tevredener zijn met hun werksituatie en daardoor minder verzuimen.²⁴

Soms is niettemin beoogd in de wetgeving zelf aan het werkgeversbelang op korte termijn tegemoet te komen. Een voorbeeld daarvan is de uitzondering die in

22 In de MvT bij de Wazo en de WAA wordt bijvoorbeeld volstaan met een of twee pagina's van omschrijvingen van situaties waar de werkgever mee te maken krijgt, zonder poging dit te kwantificeren of af te wegen tegen de doelstellingen van de regeling. *Kamerstukken II 1999/00, 27 207, nr. 3, p. 36; Kamerstukken II 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 13.*

23 Zie *Kamerstukken II 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 4*: "De demografische, maatschappelijke en economische ontwikkelingen maken het tot een gezamenlijk belang van werknemers, werkgevers en de overheid om tot een nieuw evenwicht tussen arbeid, zorg en economische zelfstandigheid te komen. Een evenwicht dat de emancipatiebeweging al heel lang bepleit." Men wijst op het feit dat werknemers steeds meer onder spanning staan en dat de samenleving gebaat is bij sociale cohesie, die bevordert wordt doordat mensen tijd hebben voor zorg.

24 *Kamerstukken II 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 9.*

sommige wetgeving werd gemaakt voor kleine werkgevers, bijvoorbeeld in de WAA. Ook is beoogd in de wetgeving zelf aan het werkgeversbelang tegemoet te komen door het mogelijk maken van 'maatwerk', bijvoorbeeld door hier en daar belangenafwegingen toe te staan, en door afwijking toe te staan bij cao of zelfs door middel van afspraken met de ondernemingsraad.

In het voorgaande bleek al dat de vraag hoezeer de werkgever wordt belast door de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving, ten slotte kan worden gerelativeerd door het te zien in samenhang met andere wetgeving, zoals de verruiming van arbeidstijdenregelgeving ten gunste van werkgevers en de versoepeling van het regime voor flexibele arbeidsrelaties. Wetsvoorstellen worden echter afzonderlijk aanhangig gemaakt, zodat de wetgever hier niet zo snel zelf op zal wijzen ter rechtvaardiging van een voorstel. In de literatuur is wel gesuggereerd dat in ieder geval op het niveau van de SER en de Stichting van de Arbeid, sprake was van een zekere strategische uitruil tussen werkgevers en werknemers van het dossier arbeid en zorg met het dossier Flexibiliteit en Zekerheid.²⁵

Al met al krijgt de onderbouwing van de doelstellingen en de effectiviteit van het middel de meeste aandacht in de rechtvaardiging van de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving door de wetgever. Voor het formuleren van deze doelstellingen en de keuze voor het middel is vaak uitvoerig onderzoek gedaan naar maatschappelijke ontwikkelingen en het maatschappelijke draagvlak voor de regels. De vraag in hoeverre werkgevers belast zouden worden met het faciliteren van de combinatie van arbeid en zorg kwam echter niet uitvoerig aan bod, laat staan dat werd bekeken of die belasting proportioneel was aan het gestelde doel. Dat kan te maken hebben met de gedachte dat werkgevers juist medebelanghebbende waren bij de betreffende regels, zij het vaak op langere termijn.

13.4 Rechtvaardiging vanuit het perspectief van het (arbeids)overeenkomstenrecht

Uit het voorgaande bleek, hoe men de rechtvaardiging van een wetsvoorstel kan toetsen vanuit het perspectief van de wetgever. Dit leverde in het geval van de responsieve arbeidstijden en zorgwetgeving veel argumenten op die te maken hadden met het bereiken van maatschappelijk gewenste doelen, zoals verhoogde arbeidsparticipatie van vrouwen en het voorkomen van welvaartsverlies door vergrijzing. Als het gaat om de rechtvaardiging van wetgeving vinden rechtsgeleerden dergelijke doelmatigheidsargumenten veelal niet bevredigend. Achter dergelijke 'doelmatigheidsargumenten' wordt gezocht naar aanvullende 'rechtvaardigheidsargumenten', die vaak worden aangeduid als 'ratio' of 'rechtsgrond'.²⁶ In het geval van de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving gaat het dan om de rechtsgrond

²⁵ Wiltshagen en Grünell 1999, p. 247.

²⁶ Bv. Bakels 1965, p. 9; Van Esveld 1946, p. 174-175 (zie par. 10.3). De discussie over rechtsgronden van wetten ziet vaak op het legitimeren van staatsdwang. Deze discussie is in het sociaal recht uitvoerig gevoerd voor wat betreft de sociale zekerheid (zie Noordam 2007 en Van den Berg 2010, par. 1.3.1.).

voor het feit dat de werkgever daarin op een bepaalde manier verantwoordelijk is geworden voor omstandigheden in het privéleven van de werknemer. 'Wat heeft de werkgever daar nu mee te maken? Wat is de grondslag van zijn verplichting?' kan dan gevraagd worden.²⁷ Naar wat voor soort antwoord zoekt men dan, als men niet tevreden is met de doelmatigheidsargumenten?

Als men de wetgever vraagt om de 'ratio' van een regel aan te geven, wordt hij mijns inziens gevraagd om zich te verantwoorden voor de afwijking van de rechtvaardigheidsbeginselen die tot uitdrukking kwamen in het systeem zoals dat tot dan toe gold. Die verantwoording moet ten eerste bestaan uit de verwijzing naar een ander rechtvaardigingsbeginsel dat over die tot dan toe geldende beginselen in het betreffende geval mag prevaleren. Ten tweede moet worden aangegeven, waarom dat beginsel mag prevaleren.²⁸ Dit is, gechargeerd gesteld, een omgekeerde bewijslastverdeling in vergelijking met de 'motiveringsplicht' vanuit het perspectief van de wetgever. In die toets is het uitgangspunt namelijk dat de wetgever handelingsvrijheid heeft, mits hij zijn keuzes behoorlijk motiveert. In deze tweede toets is als het ware de rechtvaardigheid van het geldende recht tot dan toe een gegeven, en moet afwijking daarvan gerechtvaardigd worden. Het zwaartepunt bij die rechtvaardiging ligt bovendien bij rechtvaardigheid, en niet bij doelmatigheid, al kunnen maatschappelijk gezien gewenste doelen wel aan bod komen in het tweede element van de toets, namelijk bij de vraag waarom het nieuwe beginsel over de oude beginselen mag prevaleren.

Een voorbeeld van dit gebruik van het begrip rechtsgrond biedt de al geciteerde overweging van Bakels (par. 10.3.1). De rechtsgrond van de contractvrijheid in het goederen c.q. rechtsverkeer is volgens hem gelegen in het verzekeren van een zo efficiënt mogelijke voorziening in de menselijke behoeften.²⁹ Hier spreekt hij zich uit over de legitimatie van het geldende recht zoals dat gold voordat de wetgever ingreep met arbeidsrechtelijke wetgeving. Deze rechtsgrond kan volgens hem echter niet volgehouden worden zodra dit leidt tot bijvoorbeeld uitbuiting. Dwingendrechtelijk ingrijpen in het arbeidsrecht kan daarom in zijn ogen gelegitimeerd worden door het willen compenseren van machtsongelijkheid. Het voorkomen van uitbuiting prevaleert boven het willen verzekeren van een efficiënt rechtsverkeer.

27 Asscher-Vonk 2000 stelt zich bijvoorbeeld de vraag welke argumenten worden gehanteerd met betrekking tot de verantwoordelijkheidsverdeling in verband met zorgtaken (p. 135) en concludeert dat de toedeling van verantwoordelijkheid aan de werkgever nauwelijks wordt beargumenteerd (p. 145). Zie ook Olbers 1992, die dezelfde vraag stelde.

28 Het zoeken van een ratio of rechtsgrond kan daarnaast een praktische betekenis hebben. Een dergelijke rechtsgrond kan namelijk van pas komen bij de uitleg van een onduidelijke wettelijke bepaling, die dan immers in het licht van die rechtsgrond kan worden uitgelegd. Een rechtsgrond of ook wel een rechtvaardigheidsbeginsel, kan daarbij dienen om aan te geven welk beginsel kan maken dat in een geschil een bepaald belang mag prevaleren boven een ander belang. Hier gaat het mij vooral om de verantwoording door de wetgever.

29 Bakels 1965, p. 9.

In het navolgende wil ik nagaan, hoe de argumenten van de wetgever kunnen worden ingezet om een dergelijke legitimatie voor het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht te geven.

Het feit dat de werkgever belast werd met de gevolgen van de privékeuzes van de werknemer in de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving vanaf begin jaren negentig, is in strijd met bepaalde uitgangspunten van het positieve recht tot dan toe, zoals in deel II en deel III is gebleken. De vraag is nu welke beginselen dan kunnen dienen als ratio of rechtsgrond van die regels. Er kan bij het zoeken daarnaar een onderscheid gemaakt worden tussen argumenten die op een bepaalde manier aansluiten bij de beginselen die ten grondslag lagen aan het recht tot dan toe, en argumenten die daar van afwijken. Aansluiting bij beginselen die ten grondslag lagen aan het recht tot dan toe heeft voor tegenstanders van de betreffende regels vermoedelijk meer overtuigingskracht dan de introductie van geheel nieuwe beginselen.

In hoofdstuk 10 is een overzicht gegeven van de ratio's of rechtsgronden die arbeidsrechtgeleerden in het arbeidsrecht hebben aangetroffen in de afgelopen eeuw. Er is blijkens dit overzicht een keur aan beginselen, waarvan sommigen al een eeuw aanwezig zijn in het positieve arbeidsrecht. Op sommige beginselen zou een beroep gedaan kunnen worden om de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving te rechtvaardigen. Er kunnen uiteraard ook nieuwe beginselen worden aangewezen. De vraag in het navolgende is hoe de wetgever hier mee om ging.

De uitgangspunten van het positieve recht tot dan toe kunnen worden gezocht in het arbeidsrecht tot dan toe, te weten in het kostwinnerstelsel, en in het algemene contractenrecht. Volgens het kostwinnerstelsel kregen werknemers voldoende beloning om een gezin te onderhouden, en moesten zij verder zelf voor de uitvoering van zorgtaken door een ander zorgen. De verdediging van de afschaffing van het kostwinnerstelsel was ten eerste mogelijk in termen van een beginsel dat nu juist al heel lang belangrijk werd gevonden in het algemene contractenrecht, namelijk terughoudendheid van de wetgever en partij-autonomie of keuzevrijheid van burgers. Die argumenten werden dan ook vooral in de beginfase van deze rechtsontwikkeling diverse keren ingezet.³⁰ De rechtvaardiging om van dat stelsel af te stappen, was historisch gezien echter gelegen in het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Europese regelgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen noopte daartoe. De deels ideële argumenten ter verdediging van deze regelgeving werden door de Nederlandse wetgever overgenomen. Het ging hierbij om een beginsel dat als nieuw werd ervaren, namelijk het belang van emancipatie en ontplooiing van vrouwen.

Door van het kostwinnersstelsel af te stappen, was gedurende korte tijd sprake van een 'vacuüm' in het recht als het ging om de bescherming van werknemers met

30 Bijvoorbeeld in het geval van de motie Tendeloo en het afschaffen van de bijzondere behandeling van gehuwde vrouwen in de Arbeidswet 1919, beide in de jaren vijftig. Zie par. 4.2.2.

zorgtaken (vergelijk par. 4.2.2). In die korte periode omstreeks 1990 werd als het ware weer een neutrale verantwoordelijkheidsverdeling voor zorgtaken van kracht. Als prototype van een neutrale verantwoordelijkheidsverdeling kan gedacht worden aan de verantwoordelijkheidsverdeling voor persoonlijke omstandigheden in het algemene contractenrecht. In het algemene contractenrecht worden verantwoordelijkheden in beginsel alleen gedragen door de contractspartij die zelf schuld aan, invloed op of inzicht in bepaalde omstandigheden heeft, behoudens andersluidende afspraken en zeldzame gevallen van overmacht. Deze neutrale verantwoordelijkheidsverdeling kan bijvoorbeeld worden gelegitimeerd door de beginselen van partij-autonomie en rechtszekerheid (zie hoofdstuk 8). Toen stapte de wetgever als het ware over naar de keus voor het faciliteren van het anderhalfverdienersmodel. In het anderhalfverdienersmodel werden werkgevers veel nadrukkelijker belast met verantwoordelijkheden in verband met het faciliteren van de combinatie van arbeid en zorg. In de rechtvaardiging hiervan moest dus worden uitgelegd welk beginsel moest prevaleren boven het beginsel van partij-autonomie en rechtszekerheid in de neutrale verantwoordelijkheidsverdeling, die gedurende korte tijd van kracht was.

Soms gebruikte de wetgever voor de rechtvaardiging van de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving een argument waarmee min of meer werd aangeknoopt bij het belang van autonomie. Een op autonomie gebaseerd argument kan namelijk zijn, dat werknemers het zelf zouden overeenkomen als ze evenveel onderhandelingsmacht zouden hebben als werkgevers. Dit argument werkte goed in de jaren vijftig en zestig. In die periode werd vakantie en verlofwetgeving vaak ingevoerd met een beroep op het feit dat het overgrote deel van de werknemers deze rechten al hadden op grond van hun cao. Dit argument werkte echter zoals vermeld minder goed in het geval van het 'responsieve' arbeidstijden- en verlofrecht in de jaren negentig. Zoals besproken in par. 4.4 waren cao's juist in de ogen van de wetgever te weinig wegbereidend op het gebied van het faciliteren van de combinatie van arbeid en zorg. Pas nadat was gebleken dat het gebruikelijke mechanisme voor ongelijkheidscompensatie tekort schoot, greep de wetgever in. Ter rechtvaardiging van dit ingrijpen werd dan wel geregeld gewezen op onderzoeken waaruit de behoefte van een deel van de werknemers aan dergelijke regelingen bleek.³¹ De rechtvaardiging van de wetgever sloot in die zin toch aan bij het autonomie-beginsel: de wetgever maakte niet zelf een belangenafweging, maar regelde slechts wat werknemers 'eigenlijk' zouden overeenkomen als ze voldoende onderhandelingsmacht zouden hebben.

De reden waarom de wetgever op dit terrein een andere verantwoordelijkheidsverdeling rechtvaardig achtte dan de gebruikelijke verdeling in het contractenrecht, zou daarnaast gelegen kunnen zijn in een solidariteitsgedachte. Het onderhouden van en zorgen voor een gezin kan aangemerkt worden als een gerechtvaardigd

31 Zie voor een overzicht van talrijke onderzoeken naar de wensen van Nederlanders inzake de verdeling van arbeid en zorg in opdracht van de overheid in de jaren negentig, Wilthagen en Grunell 1999, p. 245.

belang waarmee, zo kan men betogen, de wederpartij rekening moet houden. Zoals besproken speelt ook deze gedachte in beginsel een rol in het algemene contractenrecht (zie hoofdstuk 8). In het arbeidsrecht speelt de solidariteitsgedachte van oudsher een heel belangrijke rol (zie ook hoofdstuk 10). Daar wordt het benoemd als het beginsel van werknemersbescherming, ongelijkheidscompensatie, of humanisering van het recht. Daaronder viel in wetgeving sinds de vorige eeuw de bescherming van uiteenlopende belangen van de werknemer, zoals tijd voor het gezin, rust, bescherming van welzijn en gezondheid, inkomensbescherming en ontplooiing.

Het mag dan ook enige verbazing wekken dat de wetgever dergelijke beginselen niet of nauwelijks aanhaalde om het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht te rechtvaardigen. Dat had gemakkelijk gekund: de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving bevorderde immers de bescherming van de werknemer voor wat betreft de tijd voor het gezin, rust, bescherming van welzijn en gezondheid, en ontplooiing buiten de arbeid. Deze belangen waren allemaal al eens aangewezen als belangrijke beschermde belangen in het arbeidsrecht. De omstandigheden waren veranderd, en daarom verdiende de wetgeving waarin deze belangen van oudsher werden beschermd aanpassing, maar principieel gezien, zo had betoogd kunnen worden, was er niet veel veranderd.

De Nederlandse wetgever deed echter geen poging om te betogen dat wat hier gebeurde in een lange traditie van wetgeving stond. In plaats daarvan werd juist niet zelden aangegeven dat een nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling besloten lag in de voorgestelde wetgeving. Geregeld deed de wetgever ter verduidelijking daarvan uitspraken over wat volgens hem de verantwoordelijkheidsverdeling was tot dan toe. Volgens de regering waren de problemen in verband met de combinatie van arbeid en zorg tot dan toe een privéverantwoordelijkheid geweest.³² Deze verantwoordelijkheidsverdeling werd ook wel aangeduid als de 'primaire' verantwoordelijkheidsverdeling. Met deze aanduiding wordt de suggestie gewekt dat dit een soort natuurrechtelijke of oorspronkelijk geldende verdeling was, die (daarom) op zichzelf niet gerechtvaardigd hoefde te worden.³³ Deze benadering sluit aan bij de indeling van de beleavingswereld in sferen, waarbij de descriptieve betekenis van privésfeer vaak automatisch wordt gekoppeld aan de normatieve betekenis daarvan (zie hoofdstuk 1). Zorgtaken horen volgens die benadering in de privésfeer en moeten daar 'primair' ook blijven, hetgeen betekent dat de overheid of werkgevers er 'eigenlijk' niets mee te maken hebben.

Het afwijken van de zogeheten primaire verdeling van verantwoordelijkheid voor zorgtaken diende dus ook volgens de wetgever verdedigd te worden. Daartoe werd gewezen op nieuwe beginselen en nieuwe, recente maatschappelijke ontwikkelingen. Het nieuwe beginsel was het beginsel van gelijkheid tussen mannen en vrouwen. De nieuwe maatschappelijke ontwikkeling was de wens van steeds meer

³² *Kamerstukken II* 1998/99, 26 447, nr. 2, p. 5 en 6.

³³ Vgl. Plantenga 2000, p. 179-180, die dit benoemt als het 'natuur-staat-denken'.

vrouwen om aan de betaalde arbeid deel te nemen. De wetgever was er zelf kortom ook van overtuigd dat wat nu geregeld werd iets heel anders was dan wat er tot dan toe was geregeld ter bescherming van de werknemer. Overigens werden geregeld ook argumenten gebruikt die minder op het gelijkheidsbeginsel leunden en meer op een sekseneutrale gedachte, namelijk het vergroten van keuzevrijheid en zeggenschap van werknemers als het gaat over arbeidstijden.³⁴ Ook hier werd het argument echter steeds gepresenteerd alsof het nieuw was.

Symbolisch voor deze benadering is wellicht, dat de betreffende wetgeving hoofdzakelijk buiten het BW en buiten de Arbeidstijdenwet werd geplaatst. Hier waren diverse praktische redenen voor, zoals het feit dat er in de Wazo verlofrechten en uitkeringsrechten geregeld werden die bovendien ook voor ambtenaren konden gelden.³⁵ Desalniettemin versterkt het apart houden van deze wetgeving de indruk dat het hier om bijzondere wetgeving gaat voor bijzondere situaties, terwijl het BW en de Arbeidstijdenwet zich blijven beperken tot het regelen van de gewone situatie. Met andere woorden, de gewone werknemer heeft behoefte aan vakantie, maar behoefte aan zorgverlof is 'bijzonder'. Met die gedachte is wellicht ook de weerstand van de wetgever te verklaren tegen het opnemen van artikelen in de Arbeidstijdenwet, waarmee de combinatie van arbeid en zorg kon worden gefaciliteerd, terwijl in dezelfde periode werd gewerkt aan het faciliteren van die combinatie in andere regelgeving (zie par. 3.4.3).

Bovendien worden hiermee de door de wetgever zelden onderkende tegenstrijdigheid van twee tendensen in het arbeidstijden- en verlofrecht vanaf de jaren negentig verklaarbaar, namelijk de tendens om enerzijds meer flexibiliteit en meer beschikbaarheid van werknemers te vergen, en anderzijds werknemers meer mogelijkheden te willen bieden om zich in hun privéleven te ontplooien. Deze twee tendensen kunnen alleen goed gecombineerd worden, als men er van uitgaat dat ze zich niet op dezelfde werknemers richten. De wetgever voerde dus eigenlijk een tweesporenbeleid gericht op verschillende groepen werknemers. De flexibiliteit en ruime beschikbaarheid kon kennelijk geleverd worden van 'gewone' werknemers. De combinatie van arbeid en privébezigheden was echter 'bijzonder'. Door een tweesporenbeleid te voeren op het gebied van arbeidstijden en verlof, reproduceerde de wetgever als het ware de rolverdeling tussen de kostwinner en de zorgende partner. Het door de wetgever nagestreefde combinatiescenario was wellicht ook daarom gedoemd te blijven steken in een nobel streven.

Die maatregelen die voor de bijzondere groep zorgende werknemers getroffen werden, waren als gezegd in de beleving van de wetgever geheel nieuw en moesten dan ook verdedigd worden met nieuwe beginselen. Het wijzen op een nieuw beginsel ter rechtvaardiging van ingrijpende nieuwe wetgeving is een strategie die hogere eisen stelt aan het aantonen van de noodzaak van het ingrijpen. Vandaar wellicht dat al snel de noodzakelijkheid van die ingrepen niet alleen verdedigd werd

34 Bijvoorbeeld in de wet Bussemaker/Van Dijke, zie par. 3.4.3.

35 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 467, nr. 17.

door te wijzen op ideële doelstellingen als de verbetering van de positie van vrouwen of het vergroten van keuzevrijheid van werknemers in het algemeen. Er moesten argumenten bij, die duidelijk maakten dat niet alleen de betreffende vrouwen zelf baat zouden hebben bij die wijziging, maar dat er ook andere beginselen of zwaarwegender belangen waren die gediend werden met deze ingreep. Anders dan aan het einde van de negentiende eeuw of kort na de Eerste Wereldoorlog kon daarbij niet gewezen worden op de 'Verelendung' van de arbeidende klasse of op de daarmee gepaard gaande dreiging van maatschappelijke onrust. De wetgeving vond immers plaats in een periode van relatief grote welvaart, zij het in een fluctuerende conjunctuur, en lage actiebereidheid van de betreffende werknemers. In plaats daarvan werd gewezen op de toekomstige economische noodzaak van verhoogde arbeidsparticipatie van vrouwen. Demografische en economische doemscenario's over vergrijzing en het verliezen van internationale concurrentieslagen in een globaliserende economie werden aangehaald om te rechtvaardigen dat werknemers met zorgtaken meer zeggenschap kregen over de indeling van hun arbeidstijden. Deze argumenten waren gebaseerd op de overtuigingskracht van angst voor het verlies van welvaart.

Inmiddels valt te constateren dat de rechtvaardiging voor flexibele arbeidstijdenwetgeving op grond van economische doemscenario's een keerzijde heeft. Als men werkelijk in deze doemscenario's gelooft, lijkt een verhoogde druk op de optimale beschikbaarheid van alle werknemers onontkoombaar. In hetzelfde decennium werden de doemscenario's dan ook gebruikt voor het rechtvaardigen van flexibilisering van arbeidstijdenwetgeving en ontslagrecht ten gunste van werkgevers. In de kabinetten van na de eeuwwisseling is een toenemend streven naar verhoging van arbeidsparticipatie en het afbouwen van rechtsbescherming van werknemers waar te nemen, vaak met een beroep op die doemscenario's.³⁶

Het refereren aan doemscenario's en het appelleren aan angst voor verlies van welvaart zijn uiteraard niet bedoeld als een beroep op een rechtsbeginsel. Het beoordelen van het realiteitsgehalte van die scenario's ligt buiten het terrein van dit onderzoek. Hier beperk ik mij tot de vraag, welke rechtsbeginselen dan wel het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht op bevredigende wijze kunnen rechtvaardigen. Mijns inziens is een dergelijke rechtvaardiging mogelijk als wordt aangeknoopt bij beginselen die al bijna een eeuw aanwezig zijn in het arbeidsrecht, zoals het beginsel van werknemersbescherming en humanisering van de arbeid. Een dergelijke rechtvaardiging is bovendien mogelijk beter dan de emancipatiegedachte in staat om weerstand te bieden tegen de toenemende druk op burgers om meer te participeren in betaalde arbeid en zich daarvoor optimaal beschikbaar te stellen aan werkgevers. De emancipatiegedachte kent namelijk bepaalde beperkingen als men het vergelijkt met het beginsel van humanisering van de arbeid. Dit komt aan de orde in de volgende paragraaf.

³⁶ Dit valt niet alleen te verklaren door een overwegend rechtse signatuur van die kabinetten. Het kan namelijk ook gezegd worden van het kabinet Balkenende IV met CDA, PvdA en CU (22 februari 2007 - 20 februari 2010).

13.5 Rechtvaardiging door grondrechten

De innerlijke waarde van de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving kan worden verdedigd door aan te knopen bij grondrechten. Anders geformuleerd, kan het laten prevaleren van het persoonlijke belang om arbeid en zorg te combineren boven het werkgeversbelang bij optimale beschikbaarheid van werknemers, worden verdedigd door dit persoonlijke belang aan te merken als een door grondrechten beschermd belang.

Dat is in de rechtvaardiging van de betreffende wetgeving uiteraard ook gebeurd door deze in verband te brengen met het grondrecht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen. In internationale verdragen en rechten met die noemer werden vaak instrumenten opgenomen ter verbetering van de positie van de werknemer met zorgtaken. De internationale verdragen werden door de wetgever regelmatig aangehaald als inspiratie voor de betreffende wetsvoorstellen. Op Europees niveau was de wetgever daarin overigens niet erg vooruitstrevend. De Europese wetgever liet het initiatief op het vlak van verlofrechten en bescherming van deeltijdarbeid grotendeels over aan de sociale partners, die in de uiteindelijke tot stand gekomen richtlijnen de reeds gangbare praktijk in het merendeel van de Lidstaten volgde.³⁷ Het beginsel van gelijke behandeling heeft echter wel aanzienlijke invloed gehad op de initiatieven van wetgevers in de Lidstaten van de Europese Unie, zoals in Nederland. Speciale rechten in verband met ouderschap, zoals ouderschapsverlof en kortdurend zorgverlof, werden in de jaren negentig onder andere geïntroduceerd met het doel de positie van vrouwen te verbeteren, zoals bleek uit hoofdstuk 4.

De benadering van het gelijkheidsbeginsel waarin het creëren van dergelijke rechten als een uitvloeisel van het recht op gelijke behandeling wordt gezien, wordt, zoals hiervoor ook al bleek, wel aangeduid als 'materiële gelijkheid' of 'substantiële gelijkheid', en de verplichtingen die eruit voortvloeien als 'positieve verplichtingen'.³⁸ Het is een benadering van het gelijkheidsbeginsel waarin strikt genomen niet zozeer wordt gestreefd naar het toepassen van dezelfde regels op de leden van een bepaalde groep ten opzichte van de leden van een andere, dominante groep. Dit wordt ook wel aangemerkt als 'formele gelijkheid'. Veeleer wordt uit naam van het gelijkheidsbeginsel gestreefd naar erkenning van bepaalde belangen of behoeftes van een achtergestelde groep, terwijl de leden van de dominante groep die belangen of behoeftes juist niet of nauwelijks hebben. Welke belangen van die achtergestelde groep precies erkenning moeten krijgen, volgt niet logisch uit het gelijkheidsbeginsel. Dat beginsel is in die zin op zichzelf 'leeg'.³⁹ Het zijn meestal belangen die tot

³⁷ Zie hierover Caracciolo 2001, p. 335.

³⁸ Barnard en Hepple 2000; Fredman 2005a en Fredman 2005b; Wilthagen en Grünell 1999, p. 233, die als belangrijkste veronderstelling van de 'initiatieven rondom arbeid en zorg' aanmerken de veronderstelling dat dit beleid en deze wetgeving resulteert in meer sociale gelijkheid tussen mannen en vrouwen, waarbij gelijkheid onder meer wordt uitgewerkt in termen van economische zelfstandigheid en (een evenwichtiger) verdeling van verantwoordelijkheden.

³⁹ Aldus ook Barnard 1998, p. 363 en Fredman 2005, p. 376.

dan toe weinig erkenning hebben gekregen, maar in een bepaalde veranderende maatschappelijke context gewichtig worden gevonden door (of voor) mensen met een bepaald gedeeld kenmerk (zoals leeftijd, geslacht, handicap, etc.). Soms wordt dit belang in algemene zin aangemerkt als het belang bij maatschappelijke participatie of, nog algemener, individuele waardigheid en autonomie.⁴⁰ Deze invulling van het recht op gelijke behandeling is vermoedelijk sterk gekleurd door de sinds de jaren zeventig gegroeide overtuiging dat voor volwaardige deelname aan de maatschappij het verrichten van betaalde arbeid en het bereiken van economische onafhankelijkheid voor alle volwassenen onontbeerlijk is.

Zoals uit het voorgaande is gebleken, is in het verleden voor het waarborgen van individuele waardigheid van de werknemer, lang niet altijd aangeknoopt bij het gelijkheidsbeginsel, maar bijvoorbeeld bij de noodzaak tot bescherming van veiligheid en lichamelijk welzijn,⁴¹ de behoefte aan ontplooiing of bij de beginselen van ongelijkheidscompensatie, werknemersbescherming of humanisering van de arbeid. Dat bij het belang om arbeid en zorg te combineren toch is aangeknoopt bij het beginsel van gelijke behandeling, is begrijpelijk. Vanwege de maatschappelijke dominantie van het kostwinnerstelsel, was het belang om arbeid en zorg te combineren uiteraard een typisch vrouwenbelang. Het belang om arbeid en zorg te combineren werd in het kostwinnerstelsel aangemerkt als een privébelang, dat wil zeggen een belang dat niet gemakkelijk mee kon wegen in een conflict in de economische sfeer en dat niet of nauwelijks in wetgeving werd erkend. Vrouwen die streefden naar substantiële gelijke behandeling stelden als het ware dat dit belang wel erkenning verdiende in de openbare en economische sfeer. Zij konden in naam van het gelijkheidsbeginsel eisen, dat door wetgevers en rechters met dit belang rekening werd gehouden bij de inrichting van de maatschappij en het oplossen van conflicten in de economische sfeer. In het arbeidsrecht wil dat zeggen dat ze eisten dat het belang bij het kunnen combineren van arbeid en zorg (soms) zwaarder kon wegen dan het belang van de werkgever.

Het beginsel van gelijke behandeling kent echter zekere beperkingen. Deze beperkingen zijn in ieder geval gebleken in de rechtspraak. Het beginsel van gelijke behandeling geeft namelijk, in ieder geval in de benadering van het Hof, geen recht op een voorkeursbehandeling voor werknemers met zorgtaken. Deze beperkte benadering van het Hof van Justitie ligt niet inherent besloten in het gelijkheidsbeginsel zelf. Zoals vermeld leent dat beginsel zich immers ook voor een 'substantiële' invulling. Als het Hof wel dergelijke speciale rechten had gecreëerd, zou het Hof het belang bij substantiële gelijkheid, in casu te vertalen als het belang van vrouwen om

40 Barnard en Hepple 2000, p. 565 en 567; zie ook de AG bij HvJ EG 17 juli 2008, C-303/06 (*Coleman*), par. 8.

41 Vgl. Monster 1995, p. 41, die er op wijst dat bepalingen in verband met zwangerschap en bevalling geheel los van het beginsel van gelijke behandeling tot stand zijn gekomen, maar vanaf de jaren tachtig geleidelijk in dit beginsel worden ingekaderd. Tevens Waddington en Hendriks 2002, par. 5. Zij wijzen er op dat positieve verplichtingen, of in hun woorden, aanpassingsverplichtingen, zijn terug te vinden in arbeidsomstandighedenwetgeving en arbeidstijdenwetgeving sinds eind negentiende eeuw, ook voor specifieke groepen zoals kinderen en zwangere vrouwen.

arbeid en zorg te combineren, hebben laten prevaleren boven (bijvoorbeeld) het doorgaans dominante belang bij een optimale inrichting van de onderneming of het belang bij contractvrijheid of gebondenheid aan het contract.

Het openlijk herafwegen van belangen en het herinrichten van de maatschappij op grond van de erkenning van een 'nieuw' belang, is een taak waar rechters doorgaans terughoudend mee omgaan. In dat kader is wel gesteld dat het op individuele vorderingen geënte civiele recht sowieso minder geschikt is om maatschappijbrede herverdelingsdoelstellingen te verwezenlijken, bijvoorbeeld omdat een bepaalde maatschappelijke situatie historisch gegroeid is, zodat niemand in het bijzonder daar aansprakelijk voor kan worden gesteld.⁴² Het wekt in die zin geen verbazing, dat die 'herverdelings' taak op het gebied van arbeid en zorg beter thuis is gebleken bij de wetgever.⁴³ Beleidsmakers en wetgevers kunnen op een veel breder terrein zoeken naar oplossingen voor problemen die werknemers met zorgtaken ondervinden. Oplossingen kunnen worden gezocht in rechten jegens de werkgever, maar ook in allerlei flankerend beleid zoals het verruimen van winkeltijden, het faciliteren van zelfstandig ondernemerschap en telewerk, het verruimen van kinderopvang en schooltijden, en, in het kader van 'gender mainstreaming' op een nog algemener niveau als het laten participeren van vrouwen in besluitvorming.⁴⁴ Dergelijk beleid ligt voor een belangrijk deel overigens buiten het terrein van dit onderzoek, dat zich immers concentreert op de afweging tussen persoonlijke belangen en werkgeversbelangen in het individuele arbeidsrecht.

Ook als het Hof wel positieve verplichtingen voor werknemers met zorgtaken zou hebben verbonden aan het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen, staat nog niet vast dat alle werknemers met zorgtaken er van zouden kunnen blijven profiteren. Als vaders steeds meer zorgtaken op zich nemen, valt benadeling van werknemers met zorgtaken immers niet meer aan te merken als indirecte ongelijke behandeling op grond van geslacht. Voor een beroep op een discriminatieverbod moet met andere woorden sprake zijn van een groep met een gedeeld kenmerk zoals hetzelfde geslacht, die in het bijzonder door een bepaalde maatregel of handelwijze wordt benadeeld. Het recht op gelijke behandeling is in die zin een groepsrecht.

Ten slotte staat zoals gezegd niet vast welke concrete belangen kunnen worden beschermd door het inroepen van het gelijkheidsbeginsel. In het recente verleden heeft de wetgever dit beginsel ingeroepen om het combineren van arbeid en zorg te faciliteren. Zoals bleek uit par. 4.4 is het emancipatiebeleid sinds eind jaren negentig echter steeds meer in het teken komen te staan van verhoogde druk om betaalde arbeid te verrichten. Nu het gegeven dat veel vrouwen in Nederland in deeltijd werken steeds meer als een probleem wordt gezien, kan het gelijkheidsbeginsel dus

42 Fredman 2005a.

43 Fredman 2005a. Het artikel heeft als thema de kansen en beperkingen van 'mainstreaming', gedefinieerd als een 'social justice-led approach to policy making in which equal opportunities principles, strategies and practices are integrated into the every day work of government and other public bodies' (p. 374).

44 Zie over de techniek van het mainstreamen ook Fredman 2005a; Beveridge 2007.

ook worden ingeroepen om wetgeving te rechtvaardigen waarin vrouwen worden gestimuleerd om te participeren in de betaalde arbeid, op gelijke voet met mannen. Deze druk om de arbeidsparticipatie te verhogen kan met andere woorden ook gelegitimeerd worden door het gelijkheidsbeginsel. Dat zou dus in het slechtste geval kunnen leiden tot het sneuvelen van de wens van veel Nederlandse moeders om niet te voldoen aan de norm van de kostwinner, maar hun eigen afweging te maken tussen de wens kinderen zoveel mogelijk zelf te verzorgen en tegelijkertijd betaalde arbeid te verrichten.

Het is uiteraard voor de erkenning van een belang in rechte, zoals het belang bij het combineren van arbeid en zorg, niet per se noodzakelijk om te wijzen op het feit dat dat belang wordt gedeeld met een achtergestelde groep. In ieder geval in theorie kan zonder meer erkend worden dat de persoonlijke belangen van een individu op zichzelf voldoende gewichtig kunnen zijn. Daarmee zijn we terug bij de vraag, in hoeverre individuele persoonlijke belangen, zoals het belang bij het kunnen combineren van arbeid en zorg, in de praktijk meewegen in het recht. Deze vraag is voor arbeidstijden en het combineren van arbeid en zorg beantwoord in hoofdstuk 3 en 4. Daarin is behandeld dat de werknemer al vanaf eind negentiende eeuw in arbeidstijdenwetgeving beschermd wordt tegen de druk van werkgevers om zich maximaal beschikbaar te stellen voor arbeid, opdat hij tijd kon overhouden voor zijn privéleven en zijn gezin.

In de jaren negentig zijn voor werknemers die tijd vrij wilden houden voor zorgtaken, individuele rechten op aanpassing van arbeidstijden geïntroduceerd. Op Europeesrechtelijk niveau gebeurde dat soms niet in het kader van het gelijkheidsbeginsel, maar als uitwerking van het beginsel van bescherming van veiligheid en welzijn van werknemers. Sommigen hebben zich erover verbaasd dat dit algemene beginsel van bescherming van veiligheid en welzijn kennelijk op sommige punten meer rechten kon opleveren voor werknemers met zorgtaken dan het beginsel van gelijke behandeling.⁴⁵ Het beginsel van bescherming van veiligheid en welzijn heeft in ieder geval in Nederland echter van meet af aan de potentie gehad om de werknemer te beschermen, ook als dat ten koste kon gaan van economische efficiëntie. Een beginsel dat daar nadien aan werd toegevoegd is dat van ontplooiing en individuele keuzevrijheid. Die beginselen komen tot uitdrukking in het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht. Deze regels vergroten immers het potentieel aan keuzes bij de verdeling van arbeid en zorg die door het recht ondersteund worden, bijvoorbeeld in vergelijking met het kostwinnerstelsel.

Voor een juridische onderbouwing van het gewicht van het belang bij bescherming van veiligheid en welzijn en van ontplooiing in en keuzevrijheid bij de inrichting van het eigen leven, bijvoorbeeld het gezinsleven, kan aangeknoopt worden bij een

⁴⁵ Het wordt wel een paradox genoemd. Bv. Caracciolo 2001, p. 333. Foubert vindt het reguleren van zwangerschap met een beroep op de lichamelijke bescherming en veiligheid in het geval van zwangere vrouwen zelfs problematisch, omdat het debat over bescherming van zwangere vrouwen daarmee buiten het gelijke behandelingsdebat wordt gehouden. Foubert 2001-2002, p. 224.

ander toepasselijk grondrecht dan het recht op gelijke behandeling, namelijk het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De wetgever had, ter verdediging van de invoering van het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht, kunnen wijzen op het feit dat bescherming van welzijn en gezinsleven al heel lang als een belangrijke doelstelling van arbeidsrecht fungeert, en dat deze doelstelling teruggevonden kan worden in het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het verschil tussen het recht op gelijke behandeling of het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer zou kunnen zijn dat anders dan bij gelijke behandeling, welk recht in essentie 'leeg' is, binnen het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer wel per definitie belangen vallen, waarmee weerstand kan worden geboden tegen economische waarden, zoals de druk tot verhoogde arbeidsparticipatie.

Ook voor de individuele werknemer die zich afvraagt op welk grondrecht hij of zij een beroep zal doen om zijn werkgever te dwingen rekening te houden met zijn zorgtaken, kan een beroep op het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer verschillende voordelen hebben ten opzichte van het beroep op het grondrecht van gelijke behandeling. Zoals gezegd impliceert het grondrecht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen, dat alleen geklaagd kan worden over een maatregel als met name vrouwen erdoor benadeeld worden. Bij het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is het niet nodig om een bepaalde groep benadeelden aan te wijzen. Het feit dat het gaat om een zwaarwichtig belang is voldoende om te rechtvaardigen dat dat belang kan prevaleren boven andere beginselen of belangen, zoals het beginsel van gebondenheid aan de overeenkomst of het belang bij vrije organisatie van de onderneming. In hoeverre dit het geval is, wordt onderzocht in het volgende hoofdstuk, dat gaat over het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de doorwerking daarvan in horizontale verhoudingen.

13.6 Conclusie hoofdstuk 13

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij de vraag, welke rechtvaardiging kan worden gegeven voor de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving vanaf de jaren negentig. De rechtvaardiging lag in ieder geval niet in de noodzaak om precies die regelingen in te voeren op grond van internationale verplichtingen. Wel was in sommige gevallen dergelijke regelgeving ook op internationaal niveau al in voorbereiding, en in de meeste gevallen is dergelijke regelgeving nadien ook tot stand gekomen. De wetgever verwees veelal wel naar die internationale ontwikkelingen bij de introductie van de betreffende wetgeving, en week er ook niet bijzonder vaak vanaf. Er zijn twee voorbeelden van regelingen die niet terug te vinden zijn in Europese Richtlijnen, namelijk het recht op aanpassing van arbeidsduur en het recht op aanpassing van arbeidstijdpatronen (WAA en art. 4:1 Artw). Het zal niet toevallig zijn, dat dit de meest controversiële onderdelen van de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving zijn.

Uiteraard werd ook inhoudelijk gemotiveerd waarom voorstellen voor responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving werden gedaan, en waarom in die vorm. Volgens de Algemene Aanwijzingen voor de Regelgeving moet de wetgever daarbij aandacht besteden aan de legitimiteit van het doel van de wetgeving, de geschiktheid en de noodzakelijkheid van het middel, en de proportionaliteit ervan. Het doel van de wetgever bestond in dit geval kort gezegd uit het bestrijden van krapte op de arbeidsmarkt en het verbeteren van de economische onafhankelijkheid van vrouwen, mede in het belang van die vrouwen zelf. Dit doel en de geschiktheid en noodzakelijkheid van het middel zijn veelal uitvoerig toegelicht door de wetgever. De betreffende wetgeving is bovendien vaak uitvoerig voorbereid door onderzoek, consultatie van maatschappelijke groeperingen en instituties als de SER en de Emancipatieraad. De vraag of dit middel wellicht disproportioneel inbreuk zou kunnen maken op de belangen van werkgevers, is veel minder uitvoerig aan bod gekomen. Dit kan worden verklaard door de veronderstelling dat de maatregelen macro-economisch gezien ook voordelig zouden uitpakken voor werkgevers, in ieder geval op de lange termijn.

De vraag naar de rechtvaardiging van het feit dat nu juist de werkgever belast wordt om de combinatie van arbeid en zorg voor de werknemer te faciliteren, is daarmee nog niet bevredigend beantwoord. Die vraag is aan de orde als gezocht wordt naar de 'rechtsgrond' van deze wetgeving. Een antwoord op de vraag welke rechtsgrond ten grondslag lag aan deze wetgeving, kan gegeven worden door te benoemen welk beginsel of welke waarde maakte dat het tot dan toe geldende systeem mocht worden doorbroken. Volgens het tot dan toe geldende systeem prevaleerden het beginsel van gebondenheid aan de overeenkomst en het beginsel van vrije organisatie van de onderneming, in ieder geval waar het ging om de vaststelling van arbeidstijdpatronen binnen de collectieve grenzen van het dwingende recht. Welk beginsel maakte dat dit doorbroken mocht worden ten gunste van de waarde van vrije organisatie van het privéleven van de werknemer?

De wetgever heeft de 'ethische' rechtvaardiging van de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving vooral gezocht in het grondrecht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. Een beroep op dit grondrecht ter bescherming van werknemers met zorgtaken lag voor de hand, want werknemers met zorgtaken waren immers vooral vrouwen. Het arbeid-en-zorg-beleid werd en wordt dan ook veelal gezien als onderdeel van emancipatiebeleid. Het gelijkheidsbeginsel heeft echter enige nadelen als het gaat om de overtuigingskracht ervan. Het is een relatief nieuw, en daardoor voor sommigen wellicht minder eerbiedwaardig beginsel. Het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen biedt bovendien alleen bescherming aan werknemers met zorgtaken voor zover vrouwen inderdaad vaker dan mannen zorgtaken op zich nemen. Dit kan in de loop der tijd gaan veranderen. Het recht op gelijke behandeling is inhoudelijk gezien ten slotte onbepaald, hetgeen bijvoorbeeld kan blijken uit het feit dat volgens het Hof van Justitie dit grondrecht geen bijzondere bescherming van werknemers met zorgtaken met zich brengt, terwijl dit volgens de wetgever en ook volgens sommige internationale verdragen nu juist wel zo is. Door de onbepaaldheid van dit grondrecht biedt het ook ruimte voor beleid

waarin vrouwen worden gestimuleerd om zoveel mogelijk te participeren in het economisch verkeer, op voet van gelijkheid met mannen. Daarmee kan hen uiteindelijk de keuzemogelijkheid worden ontnomen om nu juist niet te voldoen aan het prototype van de werknemer zonder verplichtingen buiten het werk.

Ter rechtvaardiging van de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving zou in plaats daarvan een beroep kunnen worden gedaan op de beginselen van bescherming van veiligheid, welzijn en ontplooiingsmogelijkheden van de werknemer. Dergelijke beginselen zijn in ieder geval sinds 1919 erkend in het arbeidsrecht en hebben nadien een grondrechtelijke pendant gekregen in het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in bijvoorbeeld art. 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De betreffende wetgeving zou door de wetgever als het ware kunnen worden aangewezen als een implementatie van een aspect van dit grondrecht in de materiële wet. In het volgende hoofdstuk komt aan de orde, op welke wijze dit grondrecht ook buiten dwingendrechtelijke wetgeving doorwerkt of door kan werken in de verhoudingen tussen werkgevers en werknemers.

14

Bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de strijd om tijd

14.1 Inleiding

De arbeidstijden- en verlofregelgeving zoals ingevoerd vanaf de jaren negentig heeft de grenzen tussen werk en privé veranderd. In het inleidende deel van dit onderzoek is daarover de vraag gesteld, in hoeverre hieraan een verderstrekkende betekenis moet worden toegekend voor de afweging tussen bedrijfsbelangen en privébelangen in de arbeidsrelatie. Kan of moet die afweging voortaan anders uitvallen? Welke rol speelt hierbij de doorwerking van grondrechten? Deze vraag kan gesteld worden voor allerlei privébelangen, maar zal hier alleen betrokken worden op het belang bij tijd voor privébezigheden. Daartoe wordt eerst de reikwijdte van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer behandeld. Daarna wordt in het algemeen ingegaan op het leerstuk van de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen. Vervolgens wordt gezien wat die doorwerking heeft opgeleverd in de toepassing door Nederlandse rechters, in het bijzonder het arbeidsrecht. Daarbij gaat het overigens niet zozeer om de zogeheten informationele privacy, die ziet op geheimhouding, maar om de relationele privacy, die ziet op ontplooiing in het privéleven. Ten slotte wordt afgesloten met een beschouwing over de toepassing van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als het gaat om arbeidstijden- en verlofrechten in het arbeidsrecht.

14.2 Het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer

14.2.1 Een definitie van het recht op privacy?

Het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is neergelegd in art. 10 van de Grondwet (Gw) en in verschillende internationale verdragen, waaronder art. 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). In art. 10 Gw wordt verwezen naar de 'persoonlijke levenssfeer'. Art. 11 Gw (lichamelijke integriteit), art. 12 Gw (huisrecht) en art. 13 Gw (briefgeheim) kunnen worden gezien als uitwerking van art. 10 Gw. Ook in de verdragsartikelen wordt het recht op

bescherming van het privéleven aangevuld met bescherming van het gezinsleven, woning en communicatie.¹

De reikwijdte van het begrip privéleven of persoonlijke levenssfeer omvat dus in ieder geval het gezinsleven, de woning, communicatie en het lichaam. Hoe we die betekenis verder kunnen duiden kan blijken uit een toelichting op de teksten door de wetgever of de rechter. De toelichting van de grondwetgever is beperkt tot een aanvullende opsomming van aspecten. Het begrip persoonlijke levenssfeer omvat volgens de grondwetgever “in elk geval de woning, bepaalde vormen van communicatie (zoals het telefoongesprek, de briefwisseling en het buiten een woning gevoerde vertrouwelijke gesprek), sommige gewoonten, gedragingen en contacten, abonnementen, lidmaatschappen alsmede bepaalde aspecten van het gezinsleven.”² Een nadere omschrijving heeft de grondwetgever niet willen geven. Gestalte geven aan het begrip persoonlijke levenssfeer moest volgens de regering worden beschouwd als een taak voor de regelgevende en rechtsprekende organen.³ In het navolgende zal ik de artikelen uit de Grondwet buiten beschouwing laten, omdat de Nederlandse rechter hier niet aan toetst.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) acht het niet mogelijk, noch noodzakelijk om een omschrijving of definitie van het begrip persoonlijke levenssfeer te geven.⁴ Een opsomming van aspecten die binnen de persoonlijke levenssfeer vallen kan, naast de al genoemde opsomming van aspecten in art. 8 zelf, echter wel ontleend worden aan de jurisprudentie van het Hof. Het Hof heeft in vergelijking met de grondwetgever nog veel meer aspecten onder de reikwijdte van het recht op privacy gebracht: onder andere lichamelijke integriteit; vrijwaring van vrijheidsbeperkingen; registratie van gegevens; het recht op lichamelijke zelfbeschikking; geslachtelijke identiteit; naam en afstamming; seksuele oriëntatie; seksuele activiteiten; vrijwaring van opdringerige media; deelname aan het maatschappelijk verkeer, waaronder het vestigen en onderhouden van relaties op het werk; levensstijl; gezonde woonomgeving.⁵

Deze opsomming van aspecten van het recht op privacy bestaat uit zoveel ongelijksoortige onderdelen, dat moeilijk valt uit te maken wat nu de gemeenschappelijke deler is.⁶ Het recht op privacy wordt mede daarom gerekend tot de ‘vaagste begrippen die het recht kent’.⁷ In de literatuur is wel gepoogd om in plaats van de opsomming van aspecten van de persoonlijke levenssfeer, een definitie van het recht op privacy te geven. Deze pogingen hebben veel verschillende definities opgeleverd.

1 Het is aannemelijk dat de nevenstelling in deze verdragsteksten niet letterlijk opgevat moet worden, nu in het spraakgebruik met name familie- en gezinsleven juist de belangrijkste onderdelen van het privéleven van een persoon zijn.

2 *Kamerstukken II* 1978/79, 15 463 nr. 2, p. 7 e.v.; *Bijl. Hand. II* 1979/80, 16 086, nr. 3, p. 4-5.

3 *Kamerstukken II* 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 34. Vgl. Verhey 1992, p. 199.

4 EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (*Niemietz/Duitsland*), r.o. 29.

5 Zie voor verwijzingen naar rechtspraak Heringa 2004, p. 2-19.

6 Vgl. Nieuwenhuis 2001, par. 3.3.

7 Verhey 1992, p. 196.

De meest strikte omschrijving ziet op een recht op afscherming tegen een 'snuffelende overheid'. De meest ruime omschrijving houdt in dat de burger zo veel mogelijk rust en vrijheid van handelen geniet. Daartussen zijn nog veel variaties denkbaar.⁸ Duidelijk is dat er naar de huidige stand van zaken geen sprake is van een gezaghebbende, alom erkende definitie.⁹

14.2.2 Reikwijdte en toetsingskader van art. 8 EVRM

Ook al bestaat er geen gezaghebbende beknopte definitie van het recht op privacy, er kunnen wel verschillende categorieën worden onderscheiden in de reikwijdte van het recht, en er kan meer gezegd worden over de wijze waarop inbreuken op het recht worden getoetst. In het navolgende zal ik mij daarbij beperken tot art. 8 EVRM, omdat het EVRM van alle bronnen voor dit grondrecht nog de meest concrete bron voor rechtsbescherming biedt. Over de toepassing van dit grondrecht is immers relatief veel jurisprudentie geweest, die aanknopingspunten zou kunnen bieden voor een toepassing in de arbeidsrelatie.

Bescherming van privacy in de zin van art. 8 EVRM is ten eerste aan de orde bij de geheimhouding van persoonlijke gegevens (informationele privacy). Daarnaast biedt art. 8 EVRM ook een grondslag voor de bescherming van de vrije ontplooiing van het privéleven, of, anders verwoord, het recht om te leven zoals iemand dat verkiest. Aan het recht op respect voor het privéleven ligt aldus een zeker recht op zelfbeschikking of persoonlijke autonomie ten grondslag.¹⁰ Soms wordt dit in meer algemene zin aangeduid als 'een algemeen persoonlijkheidsrecht'.¹¹ Een deel daarvan wordt ook wel aangeduid als relationele privacy,¹² al is dat weer beperkt tot de relaties die iemand al dan niet wenst aan te gaan. Het artikel biedt voorts bescherming zowel tegen actief ingrijpen in de privésfeer (het niet nakomen van een negatieve verplichting), als tegen het tekortschieten in de bescherming ervan, al dan niet tegen anderen (het niet nakomen van een positieve verplichting).¹³ Bij het invoeren van art. 8 EVRM heeft de klager dus vrij ruime mogelijkheden om aan te tonen dat zijn recht op privacy is geschonden. Wel moet daarbij aangetekend worden dat het EVRM niet elk aspect van de persoonlijke levenssfeer even gewichtig acht. Het EHRM laat sommige persoonlijke belangen zwaarder wegen dan andere, zij het dat dit niet altijd met zoveel woorden wordt benoemd.¹⁴ Toch is te zien dat gezinsleven en

8 Nieuwenhuis 2001, p. 37 e.v.; p. 53.

9 Verhey 1992, p. 192; Blok 2002, p. 1; zie ook p. 321, een bijlage met een twintigtal citaten van klachten over de vaagheid van het concept.

10 Zie bv. EHRM 29 april 2002, NJ 2004, 543 (*Pretty/UK*). Zie over privacy als zelfbeschikkingsrecht ook Verhey 1992, p. 196.

11 Verhey 2009, p. 521; met verwijzing naar EHRM 29 april 2002, NJCM-Bulletin 2002, p. 910 e.v., par. 61. De Hoge Raad heeft het bestaan van een dergelijk recht erkend, o.a. in HR 15 april 1994, NJCM-Bulletin 1994, p. 652 m.nt. Verhey (*Valkenhorst*).

12 Bv. Akkermans e.a. 2005, p. 103.

13 Verhey 1992, p. 199-203; p. 222; Nieuwenhuis 2001, p. 143-144.

14 Verhey 2009, p. 529. Dat wordt ook wel de 'kernrecht' methode genoemd.

gezondheid bijvoorbeeld veel zwaarder wegen dan recreatie.¹⁵ Ook is bij de vraag of een bepaalde benadeling van een klager binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM valt, soms de aard van de handeling al voldoende, zoals bij het heimelijk controleren van communicatie van ondergeschikten.¹⁶ In andere gevallen verricht het Hof eerst een belangenafweging die is afgestemd op de individuele omstandigheden van de klager.¹⁷ Die afweging kan meebrengen dat het belang van de klager onvoldoende is geschonden om aan te nemen dat sprake is van een inbreuk op een verdragsrecht, zodat het Hof niet meer doorgaat naar de volgende stap, namelijk het toetsen van de rechtvaardiging van de inbreuk. Dat is in zekere zin een indicatie dat het geschonden belang in die gevallen op zichzelf niet zeer zwaarwichtig was.

Inbreuken kunnen gerechtvaardigd worden ingevolge lid 2 van art. 8 EVRM. Wil de inbreuk gerechtvaardigd zijn, dan moet deze volgens de tekst van art. 8 lid 2 EVRM voldoen aan een aantal criteria. Ten eerste het criterium 'voorgeschreven bij wet'. Het EHRM geeft aan dit vereiste een ruime toepassing.¹⁸ Wel worden er kwaliteits-eisen gesteld aan een regeling wil het als 'wet' in de zin van art. 8 lid 2 EVRM worden aangemerkt. De regeling moet voldoende waarborgen bevatten tegen willekeurige inbreuken op het recht, bijvoorbeeld door een voldoende nauwkeurige afbakening van bevoegdheden, terwijl de regeling ook voldoende voorzienbaar en toegankelijk moet zijn.¹⁹

Art. 8 EVRM vereist vervolgens dat de inbreuk 'noodzakelijk [is] in een democratische samenleving'. Daaraan koppelt het Hof een proportionaliteitstoets, ook wel aangeduid als een toets aan het evenredigheidsbeginsel.²⁰ Bij de toets aan het evenredigheidsbeginsel moet in de benadering van het Hof doorgaans een afweging gemaakt worden tussen het algemene belang en het belang van de klagende partij in kwestie (de 'fair balance'-test).²¹ In uitzonderlijke gevallen mag de lidstaat volstaan

15 Zie voor gezondheid o.a.: EHRM 25 februari 1997, NJ 1999, 516 (*Z./Finland*); EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999, 464 (*M.S./Zweden*). Zie voor de vele rechtspraak over gezinsleven, Heringa 2004. Zie voor recreatie: EHRM 24 februari 1998, NJ 1999, 691 (*Botta/Italië*, gehandicapte heeft geen toegang tot strand, recht op privacy niet geschonden).

16 EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 m.nt. Boon (*Halford*) par. 44; EHRM 30 april 2007, NJ 2007, 617 (*Copland*) par. 41 (telefoontjes en emailverkeer vanaf de werkplek gelden 'prima facie' als vallend binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM).

17 Bv. EHRM 24 februari 1998, NJ 1999, 691 (*Botta/Italië*, gehandicapte heeft geen toegang tot strand, onvoldoende schending van persoonlijke levenssfeer, art. 8 niet geschonden); EHRM 25 maart 1993, NJ 1995, 725 (lijfstraf in kwestie onvoldoende vernederend, geen schending art. 8 EVRM); EHRM 21 november 1995, NJ 1996, 416 (*V.B./Portugal*, inbreuk wegens onvoldoende erkenning van behoefte aan wonen in eigen huis/uitzetting huurder? nationale rechters hebben de belangen voldoende zorgvuldig gewogen, geen inbreuk op art. 8 EVRM). Vgl. voor art. 9 EVRM: EHRM 13 april 2006, JAR 2006/192 m.nt. J.H. Gerards (*Kosteski*, ontslag wegens verzuim op moslimfeestdag, werknemer heeft onvoldoende bewezen dat hij moslim was, art. 9 niet geschonden).

18 Het kan verwijzen naar lager recht, rechtersrecht, en zelfs ongeschreven recht. Verhey 1992, p. 156.

19 Heringa 2004, p. 26, 27.

20 Heringa 2004, p. 29.; Lanotte 2005, p. 201; Gerards 2006, p. 4; de laatste verwijst naar EHRM 7 juli 1989, Series A, Vol. 161 (*Soering/VK*), § 89: "... inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights".

21 Vgl. o.a. EHRM 8 juli 1987, NJ 1988, 826 m.nt. EAA, par. 60-65; EHRM 8 april 2003, NJ 2005, 186, par. 85. In deze uitspraken wordt opgemerkt dat die toets zowel bij negatieve als bij positieve verplichtingen moet worden uitgevoerd.

met het aanvoeren van een rechtvaardiging van de wet of regelgeving in kwestie, zonder daartegenover nog de belangen van de klager in kwestie af te wegen.²² Als hulpmiddel bij het vaststellen of de inbreuk noodzakelijk is, onderzoekt het Hof daarnaast ook wel of er een 'pressing social need' was die de inbreuk kon rechtvaardigen, en of de motieven om een inbreuk te rechtvaardigen 'relevant and sufficient' zijn.²³ Soms ziet deze afweging op de vraag of het beoogde doel niet op een minder inbreukmakende wijze behaald had kunnen worden. Dat wordt in de Nederlandse literatuur wel aangeduid als een subsidiariteitstoets.²⁴

De beoordeling van de noodzakelijkheid houdt kort gezegd een belangenafweging in tussen het belang van de klager en het belang van de inbreukmakende verdragsstaat.²⁵ Van belang is wel dat het EHRM de verdragsstaten daarbij een zekere 'margin of appreciation' geeft. Deze marge varieert in sterkte afhankelijk van onder andere het betreffende aspect van het recht op privacy en de aard van de aangevoerde argumenten.²⁶ Argumenten op grond van sociaal-economisch beleid worden in dat kader bijvoorbeeld vrij afstandelijk getoetst.²⁷ Het feit dat het EHRM zelf marginaal toetst, brengt overigens niet mee dat nationale rechters dat ook mogen doen.²⁸ Het komt bovendien ook voor dat het EHRM niet marginaal toetst maar zelf een afweging maakt.²⁹

Ten slotte moet de inbreuk gerechtvaardigd worden met een bepaald doel. Inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is volgens art. 8 lid 2 EVRM toegestaan in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, het economische welzijn van het land, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, en de bescherming van rechten en vrijheden van anderen. Deze doelcriteria zijn zo ruim, dat ze in feite grondslag bieden voor elk aangevoerd belang.³⁰

14.2.3 De toepassing van het EVRM in horizontale betrekkingen

Volgens de klassieke staatsrechtelijke doctrine zijn grondrechten primair geschreven voor het beperken en het controleren van het gebruik van overheidsbevoegdheden ten opzichte van burgers. Deze relatie wordt vanwege de ondergeschiktheid van de burger aan de overheid, aangeduid als verticale relatie. Grondrechten kunnen volgens recentere opvattingen onder omstandigheden echter ook geschikt zijn voor een toepassing in zogenaamde horizontale relaties, dat wil zeggen de relaties tussen burgers. Dat is uiteraard relevant voor de relatie tussen werkgevers en werknemers. De vraag is hier, hoe het EHRM omgaat met inbreuken in gevallen waarin het in de nationale instanties ging om een geschil tussen burgers onderling.

22 Gerards 2009, par. 2.

23 Vgl. o.a. Heringa 2004, p. 29; Van Dijk e.a. 2006, p. 341; Verhey 1992, p. 164.

24 Verhey 1992, p. 327; Van Steenberghe 2006.

25 Vgl. Verhey 1992, p. 164.

26 Zie Heringa 2004, p. 29; Arai 1998.

27 Arai 1998, p. 56; Schokkenbroek 2000, p. 25.

28 Jak en Vermont 2007.

29 Zie Gerards 2006b, p. 150, met voorbeelden uit de rechtspraak.

30 Heringa 2004, p. 47.

Dergelijke gevallen bereiken het EHRM in de vorm van een klacht tegen de nationale staat over de uitspraak van de civiele nationale rechter in het betreffende geschil tussen burgers. Uit uitspraken van het Hof in dergelijke geschillen blijkt dat uitspraken van nationale rechters in civiele geschillen aan de verdragsstaat kunnen worden toegerekend.³¹ De staat kan voor die nationale uitspraken dus aansprakelijk worden gesteld. Om vast te stellen of dat het geval is, kan het EHRM het gewone toetsingskader zoals omschreven in de vorige paragraaf gebruiken. Er is door het Hof nimmer uitgesproken dat zaken die in de nationale instanties een geschil tussen burgers onderling betrof, anders zouden moeten worden beoordeeld dan geschillen tussen een burger en de overheid. Zo heeft het Hof diverse malen uitgesproken dat ook positieve verplichtingen kunnen worden aangenomen in horizontale verhoudingen.³² In een uitspraak uit 2001 overwoog het Hof dat het noch wenselijk, noch noodzakelijk was om een algemene theorie te ontwikkelen over de mate waarin de verdragsrechten zich zouden uitstrekken tot de relaties tussen particulieren onderling.³³

Met name het toetsingskader van art. 8 lid 2 EVRM is echter niet geschreven met het oog op civiele geschillen. Vooral de voorwaarde 'voorgeschreven bij wet' is een potentieel struikelblok voor de directe werking van het grondrecht in horizontale verhoudingen. In de klassieke verticale toepassing van grondrechten is dit vereiste goed toepasbaar, omdat aan overheidshandelingen in het algemeen de veronderstelling ten grondslag ligt dat overheden alleen bevoegd zijn te handelen als er een wettelijke grondslag voor aan te wijzen is (het legaliteitsbeginsel). Bij burgers is het uitgangspunt andersom: zij zijn vrij te handelen tenzij er iets verboden wordt. Strikte toepassing van het criterium 'voorgeschreven bij wet' kan daarom tot ongerijmde gevolgen leiden. In het kader van de directe werking van grondrechten zou opeens voor elke handeling van een burger die een inbreuk vormt op het belang van iemand anders een wettelijke grondslag aangewezen moeten worden, bij gebreke waarvan het verboden is. Het EHRM past dit criterium enerzijds soepel toe, zodat bijvoorbeeld een inbreuk op grond van een door zelfregulering tot stand gekomen beleid hieraan voldoet.³⁴ Verhey concludeert dat hetzelfde kan gelden voor beperkingen die gerechtvaardigd worden door de toepassing van leerstukken in de rechtspraak op grond van vage wettelijke normen, zoals informatieverplichtingen, onderzoeksverplichtingen of de werking van het vertrouwensbeginsel.³⁵ Hij suggereert dat de toepassing van dit criterium soepeler is als in het geschil voor de nationale rechter sprake was van horizontale betrekkingen.³⁶ Anderzijds is er geen

31 Verhey 1992, p. 49. Zie bv. EHRM 25 maart 1985, NJ 1987, 900 m.nt. EAA (*Barthold*): verbodsmaatregel opgelegd door burgerlijke rechter aan een dierenarts op vordering van een particuliere organisatie wordt getoetst aan art. 10 lid 2 EVRM.

32 Vgl. EHRM 26 maart 1985 NJ 1985, 525, par. 23; EHRM 24 februari 1998, NJ 1999, 691 (*Botta t. Italië*), par. 33: 'These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves'. Zie Van der Velde 2002, p. 15.

33 EHRM 28 juni 2001, NJ 2002, 181, par. 46. Vgl. Verhey 2009, p. 520.

34 EHRM 25 maart 1985, NJ 1987, 900 m.nt. EAA (*Barthold*).

35 Verhey 1992, p. 160-162.

36 Verhey 1992, p. 156.

aanwijzing dat de kwaliteitseisen die worden gesteld aan een regeling die moet gelden als 'wet' in de zin van art. 8 lid 2 EVRM niet net zo goed ook moeten en kunnen worden gesteld aan het recht dat de relaties tussen burgers onderling regelt.³⁷

Art. 8 EVRM vereist vervolgens dat de inbreuk 'noodzakelijk [is] in een democratische samenleving'. De daaraan gekoppelde proportionaliteitstoets kan zoals gezegd inhouden dat het belang van de inbreukmakende partij wordt afgewogen tegen het belang van de klagende partij. Deze belangenafweging kan in navolging van de terminologie die wordt gebruikt bij de beschrijving van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, worden aangeduid met de term 'proportionaliteitstoets in enge zin', terwijl de term 'proportionaliteitstoets in ruime zin' gebruikt kan worden om het hele toetsingskader van art. 8 lid 2 EVRM mee aan te duiden.³⁸ Een proportionaliteitstoets in enge zin ligt vooral voor de hand juist bij horizontale betrekkingen. De inbreuk kan immers volgens lid 2 gerechtvaardigd worden onder andere door de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.³⁹ Onder de rechten en vrijheden van anderen kunnen bijvoorbeeld de belangen van de werkgever gerekend worden.⁴⁰

Er is vooralsnog geen jurisprudentie over art. 8 EVRM van het EHRM, waarin in de nationale instanties een particuliere werkgever en een werknemer betrokken waren. Het EHRM heeft weliswaar diverse malen uitgesproken dat het recht op privacy zich in beginsel ook uitstrekt over contacten die men vanaf de werkplek onderhoudt.⁴¹ Deze uitspraken gingen over het geheimhoudingsaspect van het recht op privacy. Geen van deze casus betreft echter een conflict waarin in de nationale instanties van een 'echte' horizontale betrekking sprake was. In *Halford* en *Copland* ging het om overheidswerkgevers, en in *Niemietz* ging het om een inval van justitie in een advocatenkantoor. De overwegingen in de zaken *Halford* en *Copland* zijn wel goed toepasbaar op een civielrechtelijke arbeidsverhouding. Het Hof oordeelde dat sprake was van een ongerechtvaardigde inbreuk op het recht op privacy, vanwege, kort gezegd, het ontbreken van voldoende nauwkeurige regels of beleid van de overheidswerkgever voor wat betreft het af luisteren van telefoons of het monitoren van telefoon- of emailverkeer. In hoeverre dergelijke kwaliteitseisen die aan inbreukmakende handelingen van overheidswerkgevers moeten worden gesteld, onverkort voor gewone werkgevers gelden, is nog niet aan het Hof voorgelegd. Ik zie evenwel geen aanleiding om andere eisen te stellen aan gewone werkgevers op dit punt.

Interessant voor de arbeidsrelatie is ten slotte nog de vraag welke betekenis wordt toegekend aan het feit dat de inbreuk is overeengekomen, bijvoorbeeld in het geval

37 Verhey 1992, p. 161 stelde dat toepassing van deze criteria 'niet onmogelijk' zou zijn, en hij denkt dat nog steeds in Verhey 2009, p. 530.

38 Zie par. 5.3.3 over deze terminologie bij het toetsen aan het verbod op discriminatie.

39 Verhey 2009, p. 530.

40 Verhey 1992, p. 168, denkt aan eigendomsrechten, contractuele belangen, en andere commerciële belangen.

41 EVRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (*Niemietz*); EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 m.nt. Boon (*Halford*); EHRM 30 april 2007, NJ 2007, 617 (*Copland*).

juist de verplichting een afspraak na te komen als inbreuk wordt aangemerkt. Hier heeft het EHRM zich voor zover ik weet niet rechtstreeks over uitgelaten. Uit de jurisprudentie van het Hof kan wel worden opgemaakt dat men er niet gemakkelijk vanuit mag gaan dat een grondrecht vrijwillig is prijsgegeven, bijvoorbeeld als de reikwijdte van die 'waiver' niet duidelijk afgebakend is.⁴²

14.3 Doorwerking van grondrechten in het nationale recht

14.3.1 Directe en indirecte werking in de doctrine

Naast de vraag hoe het EHRM omgaat met het toepassen van het verdrag op geschillen die in de nationale instanties een geschil tussen burgers betreffen, kan de vraag gesteld worden hoe in het Nederlandse civiele recht wordt omgegaan met een beroep op een grondrecht.

Verdragsrechtelijke grondrechten hebben op grond van art. 93 en 94 Gw rechtskracht binnen de Nederlandse rechtsorde als ze zijn bekendgemaakt en 'naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden'. Een ieder verbindende verdragsrechten werken rechtstreeks, dat wil zeggen dat ze niet eerst hoeven te worden omgezet in Nederlands recht. Voor wat betreft art. 8 lid 1 EVRM en art. 17 IVBPR heeft de Nederlandse rechter de rechtstreekse werking van deze beide verdragsbepalingen erkend.⁴³

Rechtstreekse werking van verdragsrechten brengt mee dat burgers er in ieder geval ten opzichte van de overheid direct een beroep op kunnen doen. Dit gegeven wordt aangeduid als de verticale werking van grondrechten. De vraag, in hoeverre er ook sprake is of moet zijn van toepassing van verdragsrechtelijke grondrechten tussen burgers onderling, de zogenaamde horizontale werking, kan verschillend worden beantwoord. Er is in de literatuur overeenstemming over het feit dat enige doorwerking van grondrechten in civielrechtelijke betrekkingen in ieder geval moet worden aangenomen. Sinds de grondwetsherziening van 1983 ligt het in ieder geval in de bedoeling van de wetgever dat constitutionele grondrechten ook rechtskracht hebben in rechtsverhoudingen tussen burgers onderling.⁴⁴ Onenigheid bestaat over de vraag of die doorwerking 'direct' of 'indirect' moet zijn. Bij directe werking wordt het grondrecht als zodanig in een rechtsverhouding tussen burgers onderling toegepast, inclusief de beperkingsclausule. Bij indirecte werking worden de aan het grondrecht ten grondslag liggende beginselen of waarden gebruikt om de toepassing van het civiele recht in te kleuren. Veel auteurs maken een expliciete keuze tussen directe of indirecte werking. Verhey kiest op basis van de (staatsrechtelijke) doctrine

42 EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999, 464 (*M.S./Zweden*, medische privacy bij aanvraag arbeidsongeschiktheidsuitkering). Het Hof overwoog in r.o. 32: "Under the Swedish system, the contested disclosure depended not only on the fact that the applicant had submitted a compensation claim to the Social Insurance Office but also on a number of factors beyond her control – it could not therefore be inferred from her request for compensation that she had waived in an unequivocal manner her right to respect for private life with regard to the medical records at the clinic."

43 HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850.

44 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, p. 15-16.

bijvoorbeeld voor indirecte werking.⁴⁵ Civilisten zijn soms van mening dat directe horizontale werking 'naar haar aard' niet mogelijk is in het civiele recht.⁴⁶ Arbeidsrechtgeleerden hebben doorgaans minder moeite met directe werking.⁴⁷

Een keuze tussen directe of indirecte werking is positiefrechtelijk gezien niet nodig.⁴⁸ Er is geen relevante rechtsbron waarin dat wordt vereist. Zo vereist het EHRM niet dat nationale rechters één van beide opties kiezen. Het Hof heeft zich niet rechtstreeks uitgesproken over de toets van inbreuken bij horizontale relaties, maar uit zijn uitspraken in dergelijke geschillen blijkt zoals gezegd wel dat uitspraken van nationale rechters in civiele geschillen aan de verdragsstaat kunnen worden toegerekend.⁴⁹ De staat kan voor die nationale uitspraken dus aansprakelijk worden gesteld. Dat wil zeggen dat de uitkomst van het geschil door het Hof getoetst kan worden aan een verdragsrecht. Om zeker te weten dat zijn uitspraak niet in strijd zal zijn met een verdragsrecht, kan de rechter dus zelf toetsen aan dat verdragsrecht (directe werking). Hij is echter niet verplicht om dat te doen, want zijn uitspraak is niet in strijd met het verdrag enkel omdat hij die toets niet uitgevoerd heeft.⁵⁰ Als hij (al dan niet met behulp van indirecte werking) tot een acceptabel resultaat komt, is dat niet in strijd met het EVRM. Zowel directe als indirecte werking horen dus, wat het EHRM betreft, tot de positiefrechtelijke mogelijkheden. De Nederlandse grondwetgever geeft de rechter dezelfde vrijheid om te bepalen op welke manier grondwettelijke rechten doorwerken in civiele relaties. De Nederlandse grondwetgever hanteerde tussen de twee uitersten nog diverse andere nuances. Het werd aan de rechter overgelaten om een van de mogelijkheden te kiezen.⁵¹ Die vrijheid is evenmin in algemene bewoordingen ingeperkt door de Hoge Raad. De Hoge Raad verplicht lagere rechters niet in algemene zin om verdragsrechten al dan niet direct toe te passen. Zelf toetst de Hoge Raad in aan hem voorgelegde geschillen nu eens (quasi) direct aan een verdragsrecht, en dan weer indirect.⁵²

45 Verhey 1992, p. 111 en 118; zie ook Verhey 2009.

46 Bijvoorbeeld Smits 2003, p. 5; p. 8; Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 59.

47 Verhulp meent dat de doorwerking van grondrechten alleen zin heeft als dat bestaat uit directe werking. Verhulp 1999, voorwoord, en de (overvloedige) literatuur genoemd op p. 61; Van Steenbergen 2006.

48 Bv. Lindenberg 2004, p. 977. Dommering merkte al in 1982 op dat over de directe/indirecte werking van grondrechten niet dogmatisch moet worden gedaan, de rechter is daar volgens hem vrij in. Dommering 1982; p. 19.

49 Verhey 1992, p. 49. Zie bv. EHRM 25 maart 1985, *NJ* 1987, 900 m.nt. EAA (*Barthold*, verbodsmaatregel opgelegd door burgerlijke rechter aan een dierenarts op vordering van een particuliere organisatie wordt getoetst aan art. 10 lid 2 EVRM).

50 Vgl. EHRM 20 november 1989, *NJ* 1991, 738 m.nt. EAA, par. 37: "(...) the European Court of Human Rights should not substitute its own evaluation for that of the national courts in the instant case, where those courts, on reasonable grounds, had considered the restrictions to be necessary." Vgl. Verhey 1992, p. 56.

51 Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16. Vgl. Verhey 1992, p. 37-38 en Verhulp 1999, p. 19-20. Dit wordt ook wel aangeduid als de 'schaal van Boesjes', naar de bedenker van de diverse 'graden' van werking van grondrechten in een publicatie uit 1973.

52 Vgl. voor de weinig dogmatische benadering van de Hoge Raad, Verhulp 1999, p. 25-27; Verhey 1992, p. 180.

Ook uit bestudering van rechtspraak in diverse andere landen⁵³ blijkt dat geen keuze tussen directe of indirecte werking van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen wordt gemaakt. In alle landen zijn allerhande praktijken mogelijk. Interessant is met name de in Duitsland ontwikkelde praktijk en theorie inzake de wisselwerking tussen civielrecht en grondrechten.⁵⁴ De civiele rechtsregel in kwestie wordt daarbij gekleurd door het grondrecht, en andersom wordt de beperking van het grondrecht mede bepaald door de civiele rechtsregels. Zoals hierna zal blijken is van deze wisselwerking vermoedelijk ook sprake in de Nederlandse rechtspraak, voor zover op directe wijze toepassing wordt gegeven aan grondrechten.

Ook al is een keuze tussen directe of indirecte werking positiefrechtelijk gezien niet nodig, dat neemt niet weg dat men wel een voorkeur kan hebben voor de ene of de andere vorm van doorwerking, bijvoorbeeld op grond van de daarvan te verwachten effecten. Bij directe werking is het effect potentieel verstorerder op de toepassing van het nationale civiele recht dan bij indirecte werking. Dat kan blijken als men zich directe werking voorstelt bij een conflict over de vraag, of een contractuele bepaling moet worden nagekomen.

Na het sluiten van de overeenkomst wordt bij conflicten over gewijzigde belangen primair aangesloten bij het beginsel van gebondenheid aan het contract, zoals bleek uit hoofdstuk 8. Alleen bij uitzondering kunnen afspraken openlijk worden gewijzigd of gedeeltelijk buiten toepassing blijven (vergelijk art. 6:248 lid 2 en 258 BW). Daarmee staat als het ware het belang bij het beginsel van gebondenheid aan de overeenkomst voorop. Degene wiens belang daarmee in strijd is, heeft een zware bewijslast. Bij de grondrechtelijke belangenafweging weegt het beginsel van gebondenheid aan de overeenkomst echter op zichzelf veel minder zwaar dan het grondrechtelijk beschermde belang.⁵⁵ De enkele stelling dat de klagende partij zelf voor een inbreuk op een bepaalde vrijheid heeft getekend, is vaak onvoldoende om tot afwezigheid van inbreuk te komen.⁵⁶ De verplichting tot nakoming kan derhalve onder omstandigheden als een inbreuk op een grondrecht aangemerkt worden. Als dat het geval is, kan getoetst worden of daarvoor een rechtvaardiging bestaat middels de beschreven toets aan (bijvoorbeeld) art. 8 lid 2 EVRM. Dat kan meebrengen dat de rechter niet alleen het algemene maatschappelijke belang bij nakoming van contracten meeweegt, maar ook het inhoudelijke individuele belang van de partij die nakoming vraagt. Die partij zal zijn belang dan moeten toelichten en verdedigen. Vervolgens kunnen die belangen worden afgewogen tegen het belang van de partij die het grondrecht heeft ingeroepen.

53 Vgl. Mak 2008.

54 Mak 2008, par. 2.2.

55 Vgl. Dommering 1982, p. 20: de functie van grondrechten in de context van een machts- of monopoliepositie, is namelijk een correctie van de 'contracteervrijheid'. Verhey 1992, p. 165, meent dat het private autonomiebeginsel (dat wil zeggen het beginsel van contractvrijheid) op zichzelf niet als een dringende maatschappelijke behoefte kan worden gezien.

56 Vgl. Verhey 1992, p. 316.

Normaal gesproken hoeft een partij die om nakoming vraagt, zijn inhoudelijke belang bij nakoming, al dan niet uitgedrukt als de schade die hij zal lijden bij niet-nakoming, niet toe te lichten. Dat kan bij directe werking van grondrechten wel van hem worden gevraagd. Directe werking van grondrechten kan derhalve voor een zwaardere bewijslast zorgen voor de partij die nakoming vraagt, dan in het contractenrecht gebruikelijk is. Bij indirecte werking daarentegen is het grondrechtelijk beschermde belang niet meer dan 'een belang met een uitroepteken'.⁵⁷ Het grondrechtelijk beschermde belang zal bijvoorbeeld iets zwaarder kunnen wegen bij de vraag of voldaan is aan de bewijslast die de debiteur heeft voor zijn stelling dat ongewijzigde nakoming naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Een dergelijke indirecte wijze van doorwerking van het grondrecht geeft dus geen noodzaak tot ingrijpende wijziging van de gebruikelijke bewijslastverdeling en dient daarmee de rechtszekerheid.

Arbeidsrechtgeleerden hebben zoals gezegd vaak minder moeite met directe werking dan algemeen civilisten. Dat kan verklaard worden door de verwachting dat directe werking van grondrechten zal leiden tot een verhoogde bescherming van de zwakkere partij.⁵⁸ Aan deze verklaring kan echter worden toegevoegd dat het potentieel verstorende effect van directe werking van grondrechten in het arbeidsrecht niet altijd zo groot is als zojuist geschetst. Zoals bleek uit hoofdstuk 9, komen in het arbeidsrecht veel geschillen voor waarbij de bewoordingen van de overeenkomst van weinig belang zijn voor de oplossing van het geschil, bijvoorbeeld bij geschillen over het gebruik van de gezagsbevoegdheid, of over de redelijkheid van een ontslag. De toepassing van deze leerstukken door de rechter vergt veelal een belangenafweging. Deze belangenafweging wijkt veel minder af van de grondrechtelijke belangenafweging dan de besproken afweging bij de vraag of een contract moet worden nagekomen. De directe werking van een grondrecht resulteert in het arbeidsrecht daarom op het eerste gezicht niet in een verzwaring, maar eerder in een precisering van de bewijslast van de werkgever. Het toetsen van zijn belang bij bijvoorbeeld het geven van een bepaald voorschrift kan dan namelijk worden ingevuld met begrippen als proportionaliteit of subsidiariteit. In de ogen van de arbeidsrechtjurist geeft deze precisering wellicht juist meer rechtszekerheid dan de toetsing van het voorschrift aan een vaag begrip als 'goed werkgeverschap'.

14.3.2 Doorwerking van art. 8 EVRM in uitspraken van de Hoge Raad

De vraag rijst hoe dit heeft uitgekomen in de jurisprudentie over het recht op privacy in de arbeidsrelatie. De Hoge Raad leek in het geval van privacy aanvankelijk een voorkeur te hebben voor indirecte werking. In de klassieke uitspraak inzake de Edamse bijstandsmoeder, die overigens niet ging over een arbeidsovereenkomst, sprak de Hoge Raad immers van inbreuk op het 'recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ... dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8

⁵⁷ Hesselink 2003, p. 129.

⁵⁸ Juist de ongelijke machtsverhouding in het arbeidsrecht rechtvaardigt in veler ogen de directe werking van grondrechten in het arbeidsrecht; die lijkt immers op de ongelijke machtsverhouding tussen overheid en burger. Vgl. Verhulp 1999, p. 41-42 en aldaar genoemde literatuur.

EVRM, waarvan moet worden aangenomen dat het ook werking heeft tussen burgers onderling'.⁵⁹ In een arbeidsrechtelijk arrest uit 2001 beoordeelde de Hoge Raad 'of er sprake is van inbreuk op het onder meer door art. 8 EVRM beschermde recht op bescherming van het privé leven'.⁶⁰ In een zaak in 2002 tussen een verzekeraar en een gelaedeerde die zich beriep op het recht op privacy, overwoog de Hoge Raad dat een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in beginsel een onrechtmatige daad oplevert, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Of zulk een rechtvaardigingsgrond zich voordoet, kan volgens de Raad slechts worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval door tegen elkaar af te wegen enerzijds de ernst van de inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds de belangen die met de inbreukmakende handelingen redelijkerwijs kunnen worden gediend.⁶¹

In het *Hyatt*-arrest uit 2007 hanteerde de Raad daarentegen een vrijwel directe toetsing aan art. 8 EVRM.⁶² De Raad voltrok in dat arrest namelijk zelf een toets aan de hand van criteria die (volgens de literatuur)⁶³ relevant zijn bij de toetsing aan art. 8 EVRM: noodzakelijkheid, proportionaliteit, en subsidiariteit van de inbreuk op het recht op privacy. Het vereiste 'voorgeschreven bij wet' wordt overigens overgeslagen.

Uit dit arrest kan mijns inziens niet geconcludeerd worden dat er in het geval van beweerde schending van art. 8 EVRM voortaan uitsluitend op deze wijze (bijna) direct getoetst mag worden. Dat is nauwelijks voorstelbaar, al was het alleen maar omdat art. 8 EVRM zoveel ongeregeld laat dat in het civiele recht nu juist wel geregeld is. In het geval van het *Hyatt*-arrest ging het om een ontslag op staande voet. Het is niet goed denkbaar, dat de relevantie van wettelijke bepalingen en rechtspraak inzake art. 7:677 e.v. BW komt te vervallen door het enkele inroepen en toepassen van art. 8 EVRM. In die zin zal er dus bij directe werking steeds sprake zijn van een wisselwerking van het civiele recht en het grondrecht, zij het dat de rechter kan variëren in de mate waarin die wisselwerking expliciet aan de orde gesteld wordt.

De toetsing aan het grondrecht leidde in het *Hyatt*-arrest niet tot bescherming van de zwakkere partij.⁶⁴ De verwachting dat directe werking van een grondrecht automatisch leidt tot meer 'solidariteit' met zwakkere partijen is derhalve niet per se terecht.⁶⁵ Dit valt te verklaren door de vrijheid die de rechter heeft bij het

59 HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 m.nt. EAA, r.o. 4.4.

60 Vgl. HR 27 april 2001, *NJ* 2001, 421 (*Wennekes Lederwaren*), r.o. 3.7.

61 HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589 (*K/Aegon*).

62 HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250 (*Hyatt*). Vgl. Roozendaal 2008a.

63 De 'relevant and sufficient' toets wordt als gezegd in de (Nederlandse) literatuur ook wel aangeduid als het subsidiariteitsvereiste. Vgl. Verhey 1992, p. 327; Van Steenbergen 2006. Het EHRM gebruikt dat begrip zelf niet.

64 Het ging in casu om het ontslag op staande voet van een serveerster vanwege het gebruik van cocaïne in haar vrije tijd. Het ontslag was volgens de Hoge Raad niet in strijd met art. 8 EVRM. Het belang bij het gebruik van cocaïne werd afgewogen tegen het belang bij een drugsvrij bedrijfs-imago van het hotel waar zij werkte.

65 Vgl. ook Mak 2007, h. 5 en 6. Zij concludeert dat expliciete rechterlijke aandacht voor grondrechten niet per se leidt tot meer bescherming van de zwakkere partij.

afwegen van belangen in de grondrechtelijke proportionaliteitstoets. Diezelfde vrijheid heeft de rechter vaak in het 'gewone' arbeidsrecht. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 9, valt die belangenafweging ook in het arbeidsrecht regelmatig niet ten gunste van de werknemer uit.

In dit geval ging het om de afweging tussen een grondrechtelijk beschermd belang en een niet grondrechtelijk beschermd belang. Men kan zich afvragen, of dit specifieke eisen meebrengt die kunnen worden gesteld aan de belangenafweging. Daarvoor kan uiteraard verwezen worden naar de proportionaliteitstoets in ruime zin zoals omschreven in par. 14.2.2. Voor wat betreft de invulling van de belangenafweging in de proportionaliteitstoets in enge zin verkeert de doctrine echter nog in een verkennende fase.⁶⁶ Een aantal basisregels kunnen desalniettemin wel gegeven worden. In ieder geval is hierop de motiveringsplicht van toepassing.⁶⁷ Juist bij een belangenafweging waarbij grondrechten betrokken zijn kan de rechter niet volstaan met de enkele mededeling dat het belang van de inbreukmakende partij mag prevaleren.

De aard van de grondrechtelijke toets brengt voorts mee dat de formulering van de belangenafweging niet een verholde benadeling van het grondrechtelijk beschermde belang mag bevatten. Een voorbeeld van een afweging waarbij het grondrechtelijk beschermde belang op verholde wijze in het nadeel wordt gesteld, is het enerzijds stellen van hoge eisen aan de ernst van de inbreuk, terwijl anderzijds impliciet lage eisen gelden voor het bewijs van het belang bij het maken van de inbreuk. Een ander voorbeeld van verholde benadeling van het grondrechtelijk beschermde belang is het formuleren van dat belang op een laag abstractieniveau. Men heeft vaak de keuze om een belang heel hoogstaand te formuleren of heel concreet. Een concrete formulering doet een belang minder gewichtig lijken,⁶⁸ en daarom zou bij de toetsing aan grondrechten het abstractieniveau van beide belangen in ieder geval zoveel mogelijk in evenwicht moeten zijn. In het geval van het *Hyatt*-arrest is in dat opzicht op de uitspraak van de Hoge Raad overigens wel iets aan te merken.⁶⁹

Het antwoord op de vraag welke van twee belangen moet prevaleren, is uiteraard wel moeilijker te motiveren als die belangen eerst zo evenwichtig mogelijk zijn geformuleerd. Onder andere Wiarda heeft geschreven over manieren waarop de

66 Gerards 2006, p. 4-6.

67 Zie hierover Smits 2006, p. 138: van de rechter die belangen weegt, mag worden verwacht dat hij aangeeft welke belangen hij precies weegt en hoe hij dat doet. Hij is kritisch over de mate waarin dit in de praktijk gebeurt.

68 Zie Gerards 2006, p. 21: in het algemeen kan worden gezegd dat, naarmate een belang algemener is gedefinieerd, de neiging bestaat hieraan meer waarde toe te kennen.

69 In het voorbeeld van het *Hyatt*-arrest (HR 14 september 2007, *JAR* 2007/250) kon de Hoge Raad als het ware kiezen tussen de abstracte tegenstelling 'het belang bij een positief bedrijfsimago' versus 'handelingsvrijheid in de eigen tijd' of de concretere tegenstelling: 'de kans op winst-derving doordat potentiële klanten op de hoogte zouden kunnen raken van drugsgebruik van werknemers in hun vrije tijd en daardoor wegblijven' versus 'het belang bij ongestoord cocaïne snuiven in de vrije tijd'. De Hoge Raad koos voor de tegenstelling 'het belang bij een positief bedrijfsimago' versus 'het belang bij cocaïne snuiven', waarbij bovendien voor de (kans op) imagoschade geen nadere onderbouwing werd geleverd.

rechter een dergelijke afweging kan maken. Een van de methoden is de vergelijkmingsmethode of kernrechtmethode,⁷⁰ waarbij een glijdende schaal wordt gecreëerd tussen sterke en minder sterke rechten. Een methode die daar op lijkt is die van de gezichtspuntencatalogus. In par. 14.4.4 wordt een voorbeeld gegeven van de toepassing hiervan. Als ook deze methodes geen overtuigende oplossingen bieden, rest het alternatief om openlijk verantwoordelijkheid te nemen voor een keus tussen twee zo sterk mogelijk geformuleerde belangen, en deze keus zo goed mogelijk te verantwoorden door een verwijzing naar het daarmee gediende maatschappelijke doel of hoger beginsel van recht.⁷¹

14.4 Het recht op privacy en de strijd om tijd

14.4.1 Inleiding

De arbeidstijden- en verlofregelgeving zoals ingevoerd vanaf de jaren negentig heeft als het ware de grenzen tussen werk en privé veranderd, zo is gebleken in de vorige delen. In de inleiding is hierover een aantal vragen opgeworpen. De vraag is bijvoorbeeld of aan deze verandering een verderstreckende betekenis moet worden toegekend voor de afweging tussen bedrijfsbelangen en privébelangen in de arbeidsrelatie. Kan of moet die afweging voortaan anders uitvallen? De werkgever heeft enerzijds meer verantwoordelijkheid gekregen voor de afstemming van arbeidstijden op persoonlijke omstandigheden. De vraag is of die verantwoordelijkheid restrictief moet worden uitgelegd, of dat de werknemer juist kan profiteren van een ruimere toepassing van deze verplichting. Anderzijds heeft de werkgever ook meer belang gekregen bij de wijze waarop werknemers hun privéleven invulling geven. De vraag is of de werkgever zich dan ook vaker met de invulling van die privékwesties kan bemoeien. De beantwoording van deze vragen heeft raakvlakken met de doorwerking van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

In het navolgende worden deze vragen als volgt beantwoord. Eerst wordt aandacht besteed aan de vraag, wanneer gesproken kan worden over bemoeienis met privékwesties, als het gaat om de toepassing van de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving. Daarna wordt ingegaan op de vraag, of de verantwoordelijkheid van de werkgever een bevoegdheid tot bemoeienis meebrengt, en in hoeverre zowel de verantwoordelijkheid als de bevoegdheid restrictief moeten worden opgevat. Vervolgens komt aan de orde welke aanknopingspunten in de jurisprudentie van het EHRM bestaan voor de wijze waarop het recht op privacy zou kunnen doorwerken in geval van bemoeienis door de werkgever met en verantwoordelijkheid van de werkgever voor de zorgtaken van de werknemer. Nu in het voorgaande een

70 Wiarda 1999, p. 108. Gerards 2006a, p. 32, stelt deze methode gelijk aan de 'kernrecht'gedachte in het grondrechtendebat, waarbij er sprake kan zijn van de kern van een grondrecht en de periferie ervan.

71 In het geval van het *Hyatt*-arrest zou dit bijvoorbeeld kunnen leiden tot het openlijk benoemen van het feit dat drugsgebruik niet in het belang van de werkneemster zelf was en dat de werkgeefster gesteund mocht worden in beleid om drugsgebruik te bestrijden, omdat daarmee ook een maatschappelijke verantwoordelijkheid genomen werd.

juridische achtergrond is geschetst inzake de doorwerking van dat grondrecht in de arbeidsrelatie, kan concreter worden gekeken wat deze doorwerking op kan leveren als het gaat om conflicten over arbeidstijden of verlof tussen werkgevers en werknemers. Besloten wordt met een voorstel voor de wijze waarop het grondrecht op privacy kan worden betrokken bij conflicten over arbeidstijden en verlofwensen.

14.4.2 *Gevolgen van de privétisering: bemoeienis met en verantwoordelijkheid voor privéomstandigheden*

Onder bemoeienis⁷² met het privéleven kan worden verstaan direct ingrijpen in de zin van verbieden of verplichten, maar ook bepaalde persoonlijke keuzes aanmoedigen door stimulering en facilitering, en andere ontmoedigen door gebrek aan ondersteuning. Bemoeienis met het privéleven in die ruime zin bestaat al heel lang, in ieder geval sinds het ontstaan van het kostwinnerstelsel. Toen werd een werknemer immers ontmoedigd om zelf zorgtaken te verrichten. De werkgever had een voorkeur voor werknemers die zo ruim mogelijk beschikbaar waren. Voltijdwerken was de norm, deeltijdwerken was niet mogelijk of werd minder beloond. Daarenboven werden veel werknemers verplicht om regelmatig ook buiten de grenzen van de overeenkomst beschikbaar te zijn. Het verrichten van overwerk was (en is) in veel bedrijfstakken structureel.⁷³ Deze dwang of drang om ruim beschikbaar te zijn betekende impliciet dat de kostwinner geen prioriteit kon geven aan zorgverantwoordelijkheden en de uitvoering daarvan moest overlaten aan iemand anders. In die zin heeft de werkgever zich dus altijd al 'bemoeid' met het privéleven. De wetgever heeft daar vroegtijdig paal en perk aan gesteld. De oudste sociale wetgeving is immers juist wetgeving waarin grenzen werden gesteld aan de drang tot onbeperkte beschikbaarheid, zoals bleek uit hoofdstuk 3. Die grenzen waren (voor mannen) afgestemd op de eisen die redelijkerwijs gesteld konden worden aan de werknemer die geen zorgtaken hoefde te verrichten. Een belangrijke doelstelling van die wetgeving was sinds 1919 het motief om werknemers de gelegenheid te geven zich te ontplooien en tijd te hebben voor hun gezin.

In onze tijd bestaat de 'beschikbaarheidsdrang' nog steeds en is er in sommige opzichten zelfs sprake van toenemende druk op het privéleven, zoals bleek in hoofdstuk 3 en 4. Dit wordt echter vermoedelijk niet zozeer als bemoeienis ervaren. De aanspraak op tijd die velen als 'normaal' beschouwen, is vermoedelijk nog steeds de aanspraak waar een doorsnee kostwinner zonder zorgverantwoordelijkheden min of meer gemakkelijk aan kan voldoen. Van het ervaren van bemoeienis is bovendien wellicht geen sprake omdat werkgevers bij het stellen van regels over de te verwachten beschikbaarheid van werknemers niet altijd individuele druk uitoefenen op werknemers of uitspraken doen over de wijze waarop ze hun privéleven zouden moeten inrichten.

72 De term bemoeienis met privé zaken gebruik ik als niet-juridische uitdrukking die niet (per se) samenvalt met inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer op grond van art. 8 EVRM; de vraag is immers juist in hoeverre die bemoeienis als een inbreuk te beschouwen valt.

73 Mevissen e.a. 2001, p. 271 en 273.

Wat vermoedelijk wel reeds als bemoeienis wordt ervaren, is afkeuring van privékeuzes van werknemers die voor de werkgever belastend zijn, en aansporing om alternatieven te kiezen die beter aansluiten bij het bedrijfsbelang. Een werknemer kan zich verplicht voelen (of zijn) om door de werkgever aangedragen alternatieven voor de inrichting van zijn privéleven te volgen, terwijl dit eigenlijk tegen de eigen, mogelijk als zeer intiem ervaren overtuigingen of wensen indruist. De vraag die in de inleiding gesteld is, is of de toegenomen verantwoordelijkheid van de werkgever nu met zich mee brengt, dat hij ook een toegenomen recht op dit soort bemoeienis heeft.

Principieel gezien is er geen reden om aan te nemen dat wie verantwoordelijkheden heeft die in het leven worden geroepen in een bepaalde situatie, ook bevoegdheden heeft gekregen om zich te mengen in die situatie. Een verantwoordelijkheid geeft nog geen bevoegdheid.⁷⁴ Anders gesteld, het doorbreken van de grenzen tussen werk en privé in de zin van het verplaatsen van het 'eigen risico' voor omstandigheden uit de privésfeer naar de werkgever, betekent nog niet dat de grenzen ook door de werkgever mogen worden doorbroken door zich te bemoeien met die persoonlijke omstandigheden. Dat neemt niet weg dat de betreffende wetgeving wel ruimte kan geven voor de werkgever om zich te 'bemoeien' met persoonlijke omstandigheden. In hoeverre is dat het geval?

Op het eerste gezicht is door de invoering van arbeid en zorg regelgeving minder ruimte voor bemoeienis met het privéleven in de tevoren vermelde ruime zin, wegens de toename van rechten tot aanpassing van de arbeidsovereenkomst aan persoonlijke omstandigheden. In de praktijk is er echter meer aanleiding voor bemoeienis met het privéleven in beperkte zin, omdat werknemers veel vaker een verzoek zullen doen tot aanpassing van de arbeidsovereenkomst aan persoonlijke omstandigheden. Daardoor krijgen werkgevers belang bij de privékeuzes die werknemers maken. Het koppelen van rechten aan een privésituatie in het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht kan dus aanleiding geven tot bemoeienis met die privésituatie. Die aanleiding was minder aan de orde in het kostwinnerstelsel, dat veel meer gebaseerd was op verwachtingspatronen die voor alle werknemers hetzelfde waren.

Die ruimte voor bemoeienis is er in ieder geval niet bij ongeclausuleerde rechten, bijvoorbeeld het recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof (art. 3:1 Wazo) en het recht op ouderschapsverlof (art. 6:1 Wazo). De wet geeft niet of nauwelijks ruimte voor afwijzing van deze verlofvormen.⁷⁵ De ruimte voor bemoeienis bestaat wel als de wet aanleiding geeft tot een belangenafweging. Dan kan immers worden gezien hoe zwaar het belang van de werknemer weegt, en of de werknemer een alternatief

74 Zo ook de doctrine in het bestuursrecht: wie een verplichting heeft tot uitvoering van een overheidstaak is daarmee nog niet bevoegd om besluiten te nemen die inbreuk maken op de rechten of belangen van derden. Zie Roozendaal 2006.

75 Weliswaar brengt het algemene contractenrecht mee dat in uitzonderlijke omstandigheden toch geen beroep gedaan kan worden op deze rechten op grond van bijvoorbeeld art. 3:13 BW of art. 6:248 lid 2 BW, maar het is niet aannemelijk dat deze omstandigheden zich snel voordoen.

heeft voor zijn privékeuze, dat beter tegemoet komt aan het belang van de werkgever. De verantwoordelijkheid van de werkgever in verband met zorgtaken en het recht op bemoeienis door de werkgever met die zorgtaken vallen derhalve als het ware samen in dezelfde belangenafweging, namelijk in het geval het recht ruimte geeft voor een belangenafweging bij een conflict over arbeidstijden en verlof. Anders gesteld heeft de individualisering in het arbeidstijden- en verlofrecht ook een keerzijde. Gerritsen stelt in dat verband dat vaste classificatie en regels een bepaalde onafhankelijkheid en objectiviteit geven, die men verliest bij 'individueel maatwerk'.⁷⁶ Of dit een grotere bemoeienis met het privéleven tot gevolg heeft, hangt echter af van de wijze waarop rechters die belangenafweging blijken te maken. De vraag is dus, hoe vaak het persoonlijke belang van de werknemer het onderspit delft, zodat hij zijn privéleven anders zal moeten inrichten dan hij graag wilde.

Uit de jurisprudentiebespreking in par. 3.6 en 4.6 blijkt dat bij de belangenafwegingen die rechters maken in het kader van het arbeidstijden- en verlofrecht geregeld aandacht is voor de privébelangen van werknemers. Zo zijn er diverse uitspraken waarin de kantonrechter uitvoerig inventariseert hoe de weekindeling van de werknemer er uit ziet, en of daar geen alternatieven voor zijn. In een geval waarin een werknemer een bepaalde spreiding van uren over de week wilde om zijn gehandicapte zus te verzorgen tijdens zijn ouderschapsverlof, overwoog de rechter dat hij zijn zus niet per se zelf hoefde te verzorgen, en dat hij haar ook op vrijdagmiddag, zaterdag of zondag kon bezoeken of mee naar huis nemen.⁷⁷ In een geval waarin een werknemer die in ploegendienst werkte, op vrijdagavond eerder naar huis wilde, werd duidelijk waar die wens uit voortkwam. Hij wilde de zorg voor zijn zoontje overnemen van zijn echtgenote, omdat zij op die avonden moest werken tijdens de koopavond.⁷⁸ De vordering werd afgewezen, omdat de kantonrechter de vrees van de werkgever voor precedentwerking zwaarder vond wegen. Opvallend is overigens dat het in beide gevallen ging om mannen die zorgtaken wilden verrichten. De gedachte komt op dat dit belang bij mannen wellicht minder zwaarwegend wordt geacht.⁷⁹

In een aantal gevallen waarin het om vrouwen met zorgtaken ging, werd inderdaad wel een voor de werkneemster gunstige uitkomst bereikt, waarbij de rechter ook wel naar een middenweg zocht. Zo wordt in een uitspraak van het Hof Den Bosch⁸⁰ in detail opgesomd welke redenen de werkneemster had om te weigeren om in plaats van 4x5 uur, voortaan 1x4 uur en 2x8 uur te gaan werken, en wel vanaf 8.00 uur in plaats van vanaf 9.00 uur 's ochtends. Volgens de werkneemster was het voorstel van

76 Daarmee kunnen mensen namelijk ontsnappen aan "face-to-face relationships and situations of personal dependency whose authoritarian tone they cannot bear". Gerritsen 1996, p. 137.

77 Ktr. Eindhoven 5 maart 2002, JAR 2002/88.

78 Ktr. Nijmegen 5 december 2007, JAR 2008/121.

79 Die gedachte komt ook op bij de constatering dat de twee enige zaken waarin misbruik van recht op ouderschapsverlof werd bepleit, gingen om mannelijke verlofgangers. Ktr. Groningen 20 juni 1991, Prg. 1991, 3501, p. 509 m.nt. W. Hesseling (volgens werkgever wordt verlof gebruikt voor verbouwen van huis, ontslag op staande voet nietig). Pres. Rb. Utrecht 18 december 1997, KG 1998/152 (geen misbruik van recht door ouderschapsverlof te gebruiken voor eigen bedrijf).

80 Hof Den Bosch 30 januari 2007, LJN BA4838.

de werkgever niet te verenigen met de zorg voor haar kinderen. Omdat haar vader ziek was geworden, kon ze niemand meer vinden die de kinderen naar school kon brengen. Voorts wilde ze haar kinderen na schooltijd liever niet naar de buitenschoolse opvang brengen. De aanvangstijden mochten volgens het Hof wel vervroegd worden, omdat dat al eerder zo geweest was. De overige wijzigingen waren volgens het Hof echter te ingrijpend voor de werkneemster, ook ten opzichte van de ingrijpendheid van de roosterwijziging voor haar collega's. In een uitspraak van het Hof Den Haag⁸¹ werd onderzocht of de werkneemster gehouden was om op haar tot dan toe vrije woensdag te komen werken. Deze wens van de werkgever was volgens het Hof niet redelijk, omdat de werkgever het belang van de werkneemster, te weten het verrichten van mantelzorg op die dag, niet had meegewogen en geen alternatieven had overwogen. In een uitspraak van de Kantonrechter Utrecht werd geconstateerd dat de weigering van de werkneemster om in tweeploegendienst te gaan werken in plaats van de overeengekomen ochtenddienst, terecht was, omdat zij anders haar kinderen nauwelijks kon zien.⁸²

De ene rechter is uiteraard terughoudender in het oordelen over de inrichting van het privéleven van een werknemer dan de andere. Dit is te zien aan twee soortgelijke zaken die gingen over kortdurend zorgverlof. Daarbij kan ter discussie worden gesteld of het verlof wel is aangevraagd voor 'noodzakelijke' zorg. In een zaak waarin een werknemer twee weken thuisbleef om voor zijn partner te zorgen na een baarmoederverwijderingsoperatie, meende een kantonrechter dat de werknemer niet behoefde aan te tonen dat zij door niemand anders verzorgd kon worden, aangezien volgens hem deze zorgplicht krachtens het familierecht op de werknemer rustte.⁸³ In een zaak waarin de mannelijke werknemer de zorg voor partner en kinderen op zich nam nadat zijn vrouw een buikwandcorrectie had laten uitvoeren, meende een kantonrechter daarentegen dat de operatie had kunnen worden uitgesteld totdat een vervangende verzorger was gevonden. De kantonrechter was kennelijk van mening dat de werknemer ervoor verantwoordelijk gehouden kon worden dat zijn echtgenote die keuze niet had gemaakt. De vordering werd afgewezen.⁸⁴ De eerste rechter heeft duidelijk meer terughoudendheid betracht ten aanzien van de bemoeienis met het privéleven van de werknemer dan de tweede. Een geval waarin de rechter eveneens weinig terughoudend was, is dat van de werkneemster die flexibilisering van werktijden weigerde omdat zij er bezwaar tegen dat zij haar kind om de week op een andere dag moest laten opvangen. Er zijn allerlei achterliggende redenen voorstelbaar voor haar weigering, bijvoorbeeld de beschikbaarheid van de beoogde kinderverzorger of de behoefte aan van haar kind aan een vaste structuur. Haar probleem was volgens de rechter echter slechts een kostenprobleem, waarvan de relevantie niet vast stond omdat daarbij het gezinsinkomen moest worden betrokken.⁸⁵ In een ander geval besteedt de rechter

81 Hof Den Haag 23 maart 2007, *JAR* 2007/126.

82 Ktr. Utrecht 9 juni 2010, *JAR* 2010/225.

83 Ktr. Gouda 24 februari 2005, *JAR* 2005/86.

84 Ktr. Haarlem 9 juli 2008, *JAR* 2008/211.

85 Ktr. Leeuwarden 5 april 2006, *JAR* 2006/109 (deeltijdwerkneemster werkte op vaste dagen, moet flexibel gaan werken).

wel veel aandacht aan de bezwaren tegen de flexibilisering van werktijden zoals de betrokken werknemers die zelf zagen, zoals het niet hebben van een vaste structuur in het nieuwe systeem, waardoor hun privéleven, kinderopvang en biologische klok zouden worden ontregeld, en ze minder ontvangen toeslagen zouden ontvangen. In die zaak werd evenwel het bedrijfsbelang net zo uitvoerig toegelicht en zwaarder bevonden, mede vanwege een aangeboden aanpassingsperiode van een jaar.⁸⁶

De mate waarin de privésituatie van de werknemer wordt toegelicht in deze jurisprudentie vanaf halverwege de jaren negentig geeft een opvallend verschil te zien met de jurisprudentie van daarvoor. In de jurisprudentie over overwerk komt het zoeken naar een alternatief voor de werknemer nauwelijks voor en wordt diens privésituatie ook bijna nooit uitvoerig toegelicht. Kenmerkend is de uitspraak van de Hoge Raad uit 1966⁸⁷ waarin de werknemer niet akkoord wilde gaan met de verschuiving van de aanvangs- en eindtijden. De reden waarom hij niet akkoord wilde gaan, blijkt niet uit het arrest. Voorts stond in zaken over de weigering van overwerk, de reden voor weigering vaak niet ter discussie, waarschijnlijk omdat die reden hoe dan ook voor risico van de werknemer werd gebracht (par. 3.6.3). Een uitzondering op de constatering dat privé-aangelegenheden van de werknemer in de jurisprudentie van voor de jaren negentig zelden een rol speelden, vormt de rechtspraak inzake het zoogrecht. Het Hof Amsterdam oordeelde tot twee maal toe dat art. 11 lid 2 Aw niet meebracht dat de zuigeling op het werk zou mogen verblijven tussen de voedingen door. Voldoende was dat de werkgever zorgde voor een geschikte ruimte om te voeden.⁸⁸ Uit de uitspraak uit 1984 blijkt de situatie van de alleenwonende vrouw, die nachtdiensten moest verrichten in de zorg. Begrijpelijk was dat zij niemand kon vinden om 's nachts haar kind te brengen om het te voeden. Bij zijn overwegingen liet het Hof zoals eerder vermeld een rol spelen het feit dat ten tijde van de totstandkoming van de wet nog geen goed alternatief voor borstvoeding voor handen was, daarmee implicerend dat thans wel van moeders gevergd kan worden hiervoor te kiezen.

De toegenomen aandacht voor privékwesties vanaf de jaren negentig zet zich evenwel niet door op alle terreinen. Deze aandacht is er bijvoorbeeld niet in de jurisprudentie over nevenarbeid en vakantie. De redenen waarom werknemers vakantie wilden opnemen was al weinig relevant voor de wetswijziging van 2001, waarschijnlijk omdat het uitgangspunt was dat de werkgever bepaalde wanneer vakantiedagen konden worden opgenomen (par. 3.3.6 en 3.6.5). Sinds 2001 is de reden waarom vakantie wordt opgenomen nog minder relevant geworden. Ook bij nevenarbeid worden de redenen waarom werknemers nevenarbeid verrichten en of ze ook alternatieven hebben, zelden relevant geacht. Wel relevant is waarom de werkgever het wil verbieden (zie par. 3.6.4).

86 Ktr. Haarlem 31 januari 2007, *LJNAZ7818* (vordering tot nakoming overeengekomen roosters afgewezen).

87 HR 24 juni 1966, *NJ* 1966, 457 (*Krommenhoek/Gooise fotocentrale*).

88 Hof Amsterdam 30 mei 1980, *NJ* 1981, 136; Hof Amsterdam 4 juli 1984, *NJ* 1985, 119.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat er meer aandacht is voor privé-aangelegenheden in de rechtspraak van na de jaren negentig. De toegenomen aandacht voor privé-aangelegenheden betekent echter nog niet dat die aangelegenheden meer gewicht hebben gekregen. Uit de zojuist weergegeven rechtspraak blijkt dan ook, dat de aandacht voor privé-aangelegenheden niet steeds tot een voor de werknemer gunstige uitkomst leidde. Andersom komt het voor dat de afwezigheid van aandacht voor privékwesties juist gunstig uitpakt voor de werknemer, zoals in het geval van nevenarbeid en de vakantiewetgeving van na 2001. De vraag is aldus nog niet beantwoord, of de toegenomen verantwoordelijkheid van de werkgever voor de afstemming van arbeidstijden op persoonlijke omstandigheden mee heeft gebracht, dat persoonlijke belangen gewichtiger zijn geworden in het arbeidsrecht.

Uit de jurisprudentiebespreking in par. 3.6 en 4.6 is gebleken, dat het belang van werkgevers vaak de doorslag geeft, behoudens de gevallen waarin de wetgever duidelijk heeft gemaakt dat hoge eisen gesteld moeten worden aan de belangen van de werkgever. Door in de gevallen waarin de wetgever geen bijzondere eisen heeft gesteld aan de belangen van de werkgever, het belang van de werkgever meestal zwaarderwegender te achten, wijken rechters derhalve niet af van de belangenafweging die blijkens hoofdstuk 9 doorgaans wordt gemaakt in het arbeidsrecht. Rechters hechten (ook) in geschillen over arbeidstijden en verlof vaak meer gewicht aan de ondernemingsvrijheid van de werkgever dan aan de persoonlijke belangen van de individuele werknemer, behoudens de dwingendrechtelijke aanwijzingen van de wetgever. Naar huidig recht is er in die zin geen sprake van toegenomen gewicht van privéomstandigheden in jurisprudentie over arbeidstijden en arbeidstijdpatronen buiten het dwingende responsieve arbeidstijden- en verlofrecht om. Andersom gesteld, er is eerder sprake van toename van bemoeienis met het privéleven van de werknemer als het gaat om de aanspraken op tijd.

Hetzelfde kan meer in het algemeen gezegd worden van persoonlijke belangen. Uit hoofdstuk 9 blijkt dat een rechterlijke belangenafweging in het arbeidsrecht vaak ten nadele van de werknemer uitvalt, als er een afweging gemaakt moet worden tussen het belang van de werkgever bij de organisatie van zijn onderneming en de persoonlijke belangen van de werknemer. Het schenden van persoonlijke belangen wordt hooguit gecompenseerd met een vergoeding. Geconstateerd kan worden dat rechters sinds de jaren negentig niet op opvallende wijze meer gewicht zijn gaan hechten aan persoonlijke belangen. De trend is eerder andersom: van de werknemer wordt sinds de *taxi/Mammoet*-regel juist vaker dan daarvoor gevergd om aan te tonen dat zijn persoonlijke belangen zwaarder wegen dan het belang van de werkgever bij de vrije organisatie van de onderneming. Hij kan namelijk niet meer volstaan met de tegenwerping dat de door hem gewenste voorwaarden waren overeengekomen. De werknemer slaagt er vaak niet in om aan te tonen dat zijn persoonlijke belangen bij nakoming van de overeenkomst zwaarder wegen dan de belangen van de werkgever bij wijziging. Dit geldt in ieder geval voor wijziging van arbeidstijdpatronen.

Een beroep op het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen kan hier, in ieder geval in de benadering van het Hof van Justitie, geen verandering in brengen, zo is gebleken in hoofdstuk 5. Het Hof van Justitie volstaat bij de rechtvaardigings-toets van indirecte discriminatie immers met het toetsen van de vraag of de werkgever een rationeel economisch argument heeft voor de ongelijke behandeling. Het Hof is vooralsnog nauwelijks bereid gebleken om dat economische argument af te wegen tegen het persoonlijke belang van de werknemer. Het Hof gebruikt bij het toetsen van indirecte discriminatie kortom vooralsnog niet of nauwelijks een proportionaliteitstoets in enge zin. Bovendien heeft de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet geleid tot positieve verplichtingen van werkgevers ten gunste van werknemers met zorgtaken. Door het Hof van Justitie EU wordt 'kostwinner'-achtige beschikbaarheid nog steeds vereist of beloond.⁸⁹

Verzet tegen het kostwinnerstelsel en de overblijfselen daarvan is, zo bleek ook al uit hoofdstuk 5, tot nu toe vooral gevoerd in het kader van het recht op gelijke behandeling tussen man en vrouw. Ik wil niets afdoen aan deze benadering, want de rolverdeling tussen mannen en vrouwen was uiteraard het meest in het oog springende aspect van het kostwinnerstelsel. Deze rolverdeling is maatschappelijk gezien ook nog lang niet verdwenen. De kracht van deze benadering kent, zoals betoogd in par. 13.5, echter beperkingen.

Denkbaar is dat werknemers in plaats daarvan een beroep op art. 8 EVRM zouden doen. Bij een belangenafweging in het kader van arbeidstijden- en verlofwensen van een werknemer zou het grondrecht op privacy ingeroepen kunnen worden om wat meer gewicht te hangen aan het persoonlijke belang van de werknemer bij bepaalde arbeidstijd- of verlofwensen. Dit grondrecht is gelet op het voorgaande immers geschikt om de rechten op ontplooiing in het privéleven van een individu te beschermen, ook ten opzichte van een zwaarwichtig collectief belang, zoals overheidsbelangen of de bij een onderneming betrokken belangen. Derhalve rijst de vraag, wat er juridisch gezien te zeggen valt over de uitkomst van een belangenafweging inzake een geschil over arbeidstijden of verlof, bij doorwerking van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

14.4.3 Toepassing van art. 8 EVRM bij geschillen inzake arbeidstijden en verlof

Art. 8 EVRM kan mijns inziens inspiratie bieden bij de invulling van belangenafwegingen inzake arbeidstijden- of verlofwensen van werknemers. Ik denk hierbij aan een wisselwerking tussen het toetsingskader van art. 8 EVRM en het gewone civiele recht, zoals de WAA, de Wazo en de Artw of art. 7:611 BW. In deze regels zitten vaak al aanwijzingen voor een belangenafweging, die uiteraard serieus moeten worden genomen. Soms is de belangenafweging vrij open, en soms biedt

⁸⁹ Zie par. 5.3.3; voorbeelden zijn het mogen belonen van anciënniteit (HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88 (*Danfoss*); HvJ EG 3 okt. 2006, nr. C-17/05, *JAR* 2006/267 (*Cadman*)) en het onthouden van overwerktoeslag aan deeltijdwerkers wier extra gewerkte uren onder de voltijdnorm blijven (HvJ EG 15 december 1994, C-399/92 (*Helmig*), punt 20; HvJ EG 27 mei 2004, C-285/02, SR 2004, 81 m.nt. A.G. Veldman (*Elsner*)).

dit recht zelfs helemaal geen specifieke regel, zodat men terecht komt bij een toets aan art. 7:611 BW. Met name bij dergelijke open belangenafwegingen kan het toetsingskader van art. 8 EVRM behulpzaam zijn.

Toepassing van art. 8 EVRM op arbeidsrechtelijke conflicten over arbeidstijden en verlof zou ten eerste kunnen betekenen dat werkgevers in beginsel zowel positieve als negatieve verplichtingen hebben om de persoonlijke levenssfeer van werknemers te respecteren.⁹⁰ Het recht op bescherming van privacy ziet in het kader van de arbeidsrelatie niet alleen op de verplichting van de werkgever om zich te onthouden van inmenging in het privéleven van de werknemer, maar kan ook betrekking hebben op het scheppen van faciliteiten of voorzieningen. Wat kan dit betekenen op het gebied van de combinatie van arbeid en zorg?

Het EHRM ziet regelgeving om arbeid en zorgtaken te faciliteren in ieder geval als een uiting van respect voor de persoonlijke levenssfeer.⁹¹ Meer in het algemeen kan daarbij ook gewezen worden op het bijzondere belang dat het EHRM hecht aan ontplooiing van het gezinsleven.⁹² De uitleg van art. 8 EVRM door het EHRM is echter niet zo ruim dat het een positieve verplichting meebrengt van de staat om bijvoorbeeld een ouderschapsverlofuitkering te financieren.⁹³ Hoewel er minder vergaande rechten denkbaar zijn, zoals een recht op onbetaald verlof, lijkt het gelet op deze uitspraak en op de 'margin of appreciation' die verdragstaten doorgaans genieten, vooralsnog niet erg waarschijnlijk dat het EHRM het verlenen van een specifiek, ongeclausuleerd recht op verlof of op aanpassing van arbeidstijden als positieve verplichting van werkgevers aan zal nemen. Wel kan mijns inziens aangenomen worden dat art. 8 EVRM op zijn minst de verplichting meebrengt voor de nationale rechter, om bij een conflict over het willen aanpassen van arbeidstijden aan zorgtaken, de belangen van de werkgever en de werknemer zorgvuldig tegen elkaar af te wegen. Bij de toets aan het evenredigheidsbeginsel moet in de benadering van het Hof immers doorgaans een afweging gemaakt worden tussen het algemene belang en het belang van de klagende partij in kwestie (de 'fair balance'-test).⁹⁴ Dat zou betekenen dat bijvoorbeeld bij een conflict over de wens van de werknemer om een 'sabbatical' op te nemen buiten de wettelijk geregelde verlofvormen, of bij een verzoek om aanpassing van de spreiding van de uren over de week buiten de in de Wazo geregelde gevallen, in ieder geval de belangen van beide partijen moeten worden afgewogen. In casu gaat het daarbij om het belang van de werkgever bij een ruime beschikbaarheid van de werknemer, en het belang van de werknemer om zich te ontplooien in zijn privéleven.

90 Vgl. voor het waarborgen van 'informationele' privacy op de werkplek (negatieve verplichting): EVRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (*Niemietz*); EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 m.nt. Boon (*Halford*). Zie voor positieve verplichtingen in horizontale verhoudingen o.a. EHRM 24 februari 1998, NJ 1999, 691 (*Botta/Italië*), par. 33.

91 EHRM 27 maart 1998, JB 1998/108 m.nt. AWH; USZ 1999/43 m.nt. H. Janssen (*Petrovic/Oostenrijk*).

92 Heringa 2004. De jurisprudentie van het Hof over het recht op gezinsleven betreft doorgaans conflicten tussen burgers en de Staat en/of tussen gezinsleden onderling, zodat deze jurisprudentie niet direct toepasbaar is in arbeidsrechtelijke relaties.

93 EHRM 27 maart 1998, JB 1998/108 m.nt. AWH; USZ 1999/43 m.nt. H. Janssen (*Petrovic/Oostenrijk*).

94 Zie par. 14.2.2.

Overigens moet daarbij wel worden opgemerkt dat het Hof in 2006 in een uitspraak over art. 9 EVRM (godsdienstvrijheid) relatief veel gewicht heeft toegekend aan het recht van de werkgever om disciplinaire maatregelen te treffen, in geval van een door de werkgever niet geaccordeerde afwezigheid op een islamitische feestdag.⁹⁵ De werkgever werd in deze zaak niet gevraagd om te verduidelijken waarom de aanwezigheid van de werknemer op die dag belangrijk voor hem was, hoewel de werknemer de vrije dag tijdig had aangevraagd en hij een beroep deed op een wettelijk geregelde vrije dag voor moslims. Van de werknemer kon volgens het Hof anderzijds wel verwacht worden aannemelijk te maken dat hij inderdaad moslim was, nu hieromtrent twijfels bestonden. Wellicht speelden hier de omstandigheden van het individuele geval een belangrijke rol, nu de werknemer in kwestie op het eerste gezicht helemaal niet islamitisch was, maar dit schijnbaar beweerde om daarmee recht te krijgen op een vrije dag. Dat neemt niet weg dat de beslissing ook anders had kunnen uitvallen, bijvoorbeeld door het weigeren van een tijdig aangevraagde vrije dag onder deze omstandigheden aan een redelijkheidstoets te onderwerpen.⁹⁶

Veel meer aanknopingspunten biedt de jurisprudentie van het EHRM niet op dit punt. Toch kan art. 8 EVRM inspiratie bieden bij de invulling van belangenafwegingen inzake arbeidstijden- of verlofwensen van werknemers. Over de wijze van motiveren van een belangenafweging heb ik mij al uitgelaten in par. 14.3.2. De rechter dient de belangen mijns inziens zorgvuldig te formuleren en de bewijslast evenwichtig te verdelen. Ook dient hij zo goed mogelijk te motiveren welke overweging maakt dat het ene belang mag prevaleren boven het andere. Voor de nadere invulling van belangenafwegingen wordt voorts wel een 'gezichtspunten-catalogus' opgesteld. Daarover gaat de volgende paragraaf.

14.4.4 Gezichtspunten bij doorwerking van art. 8 EVRM

Voor de nadere invulling van belangenafwegingen wordt wel een 'gezichtspunten-catalogus' opgesteld, dat wil zeggen een opsomming van relevante aspecten die volgens de rechter een rol kunnen spelen.⁹⁷ In het navolgende stel ik gezichtspunten voor die rechters en rechtzoekenden kunnen gebruiken bij het oplossen van conflicten over arbeidstijden of verlof, waarbij het kan gaan om wijzigingswensen van zowel de werkgever als de werknemer. Ik denk voor het oplossen van dergelijke conflicten zoals gezegd aan een wisselwerking tussen het toetsingskader van art. 8 EVRM en het gewone civiele recht, zoals de WAA, de Wazo en de Artw of de *Stoof/Mammoet*regel (zie par. 9.3.2). Die wisselwerking zal voor elke regel anders uitpakken. Ik houd de uitwerking beperkt tot een opsomming van gezichtspunten waarin

95 EHRM 13 april 2006, JAR 2006/192 m.nt. J.H. Gerards (*Kosteski*, ontslag wegens verzuim op moslimfeestdag, werknemer heeft onvoldoende bewezen dat hij moslim was, art. 9 niet geschonden).

96 Kritisch over dit arrest Gerards in genoemde noot, die opmerkt dat de Hoge Raad in *Inan/De Venhorst* (HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350) hogere eisen stelt aan de redelijkheid van de beslissing van de werkgever. Zie over dit laatste arrest ook par. 3.6.5.

97 Vgl. Smits 2006, p. 134-140; Wiarda 1999, p. 108. Ook het EHRM maakt hier wel gebruik van. Verhey 1992, p. 165.

de achterliggende waarden van het recht op privacy op geschillen over arbeidstijden of verlof tot uitdrukking komen. Daarbij kan gedacht worden aan de waarde van informationele privacy, dat wil zeggen het recht op geheimhouding, en het algemene persoonlijkheidsrecht, de waarde van zelfbeschikking en ontplooiing in het privéleven. In deze gezichtspunten moet uiteraard ook invulling gegeven worden aan het belang van de werkgever. Dat belang kan immers heel gewichtig zijn, gelet op de mogelijke betrokkenheid van vele 'stakeholders' bij de onderneming.

In casu brengt respect voor de 'informationele' privacy van de werknemer mijns inziens mee dat eerst vast moet komen te staan, dat de werkgever een gewichtig belang heeft bij afwijzing van het verzoek of inwilliging van zijn wens. In dat kader kan beoordeeld worden of de werkgever bijvoorbeeld geen voor de werknemer minder bezwaarlijk alternatief heeft om zijn doel te bereiken. Pas in tweede instantie kan het belang van de werknemer bij toewijzing van zijn verzoek aan de orde komen.⁹⁸ Een dergelijke volgorde blijkt overigens voor wijzigingswensen van de werkgever al uit de *Stoof/Mammoet*regel (zie par. 9.3.2).

Wat kan er aan de orde komen bij de beoordeling van het belang van de werkgever? Ten eerste kunnen contractuele bepalingen niet zonder meer aan de werknemer worden tegengeworpen. Dit speelt uiteraard alleen bij een wijziging op verzoek van de werknemer. Het algemene belang dat contracten moeten worden nagekomen, is in het kader van art. 8 EVRM onvoldoende om het recht op respect voor privéleven zonder verdere belangenafweging opzij te zetten. Dit geldt in mijn ogen te meer nu de werknemer zelf op grond van de *Stoof/Mammoet*regel (zie par. 9.3.2) gehouden is om wijziging van afspraken te aanvaarden op grond van gewijzigde omstandigheden bij de werkgever. Een relevant gezichtspunt is derhalve: heeft de werkgever een gewichtig belang bij afwijzing van het verzoek, anders dan enkele naleving van de overeenkomst?

Bij de beoordeling van het gewicht van het werkgeversbelang geldt voorts, dat uniformiteit van arbeidstijden en verlofpatronen niet op zichzelf een gewichtig belang kan zijn. Het is een thans op Europees niveau geaccepteerde gedachte dat een samenleving wenselijk is, waarin mensen de vrijheid hebben te kiezen voor het gedeeltelijk zelf verzorgen van hun kinderen en daarnaast betaalde arbeid te verrichten. Gelet op de evolutieve invulling van de reikwijdte van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (zie par. 14.2.2), kan dit ook in het kader van art. 8 EVRM van werkgevers worden gevergd. Werkgevers die zonder strikte noodzaak vasthouden aan bijvoorbeeld uniforme arbeidstijdpatronen, wettelen de problemen, die samenhangen met verhoogde participatie van zorgverant-

98 Deze volgorde is in een civielrechtelijke procedure problematisch, omdat partijen in een procedure anticiperen op stelplicht en bewijslast, zodat geheimhouding in een civielrechtelijke procedure doorgaans niet mogelijk is zonder daarmee de positie in het proces negatief te beïnvloeden. Zie hierover in verband met de privacy van de zieke werknemer, Roozendaal 2008b. De rechter kan desalniettemin bij het maken van een belangenafweging proberen te abstraheren van wat hij al weet door bepaalde informatie vooralsnog buiten de afweging te houden.

woordelijken, af op andere werkgevers. Respect voor privéleven betekent bovendien respect voor individuele variaties. Van de werkgever kan in dat kader gevergd worden te bezien of alternatieve arbeidstijdpatronen, waarin meer ruimte is voor individuele variatie, mogelijk zijn in zijn onderneming.

Andersom is ook de enkele wens van de werkgever om werktijden te flexibiliseren niet voldoende om een wens tot wijziging van de arbeidstijden van de werkgever toe te wijzen. De flexibiliseringstendens vanuit werkgevers kan bedreigend zijn voor het individuele welzijn en de gezondheid van werknemers, maar ook voor de sociale samenhang van de samenleving als geheel. De werkgever zou gevraagd moeten worden toe te lichten, welke voordelen met flexibilisering behaald worden voor de onderneming, zodat deze kunnen worden afgewogen tegen de nadelen voor de werknemer en de mogelijke maatschappelijke nadelen. De rechter kan in dat kader de vraag stellen of er alternatieven zijn voor de gewenste wijze van flexibiliseren waarbij meer rekening wordt gehouden met de behoefte van werknemers aan de afstemming op hun privéverplichtingen. Kortom: heeft de werkgever alternatieven voor het aandringen op een bepaalde vorm van flexibele arbeidstijden, waarmee meer rekening wordt gehouden met het feit dat werknemers behoefte kunnen hebben aan zekerheid?

Bij de toets in het kader van art. 8 EVRM wegen belangen bij het maken van een inbreuk, die zelf beschermd worden door grondrechten, zwaarder.⁹⁹ In het verlengde daarvan ligt het in de rede om belangen van natuurlijke personen zwaarder te laten wegen dan belangen van rechtspersonen. Relevant is derhalve: zijn de belangen van de werkgever te herleiden tot grondrechten en/of tot belangen van natuurlijke personen? Dit gezichtspunt houdt tegelijkertijd rekening met beperktere mogelijkheden van het midden- en kleinbedrijf.

Kort samengevat moeten eerst de bezwaren of wensen van de werkgever worden getoetst om vast te stellen of die gewichtig zijn. Voorts kan in het kader van de subsidiariteitstoets gezocht worden naar een acceptabeler alternatief. Als dat onvoldoende oplevert, kan naar een compromis gezocht worden, waarbij beide partijen water in de wijn zouden kunnen doen. Dan kan voor het eerst de vraag naar de redelijkheid van het belang van de werknemer aan de orde komen. Daarvoor zal de werknemer zijn belang moeten toelichten, en de rechter zal zich een oordeel moeten vormen over het gewicht van dat belang en de last van eventuele alternatieven. In die zin blijft enige 'bemoeienis' met het privéleven van de werknemer onvermijdelijk. Als er geen compromissen mogelijk zijn, moet beoordeeld worden welk belang de doorslag zal geven. Ook voor die toets zal de werknemer zijn belang moeten toelichten.

Het EHRM laat sommige persoonlijke belangen zoals gezegd zwaarder wegen dan andere (par. 14.2.2). Deze 'kernrechtgedachte' kan verder worden doorgetrokken. Sommige aspecten van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer

99 Vgl. Schokkenbroek 2000, p. 25.

lijken mij in verhouding tot de werkgever nagenoeg absoluut, zoals het recht op lichamelijke integriteit of het recht om zich voort te planten. De gedachte dat bijvoorbeeld abortus een alternatief zou zijn voor zwangerschapsverlof of dat men rechtsgeldig kan overeenkomen dat men zich niet voort zal planten, is onaanvaardbaar, niet alleen wegens strijd met gelijke behandelingsnormen, maar ook wegens het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.¹⁰⁰ Een relevant gezichtspunt is derhalve: behoort het belang van de werknemer bij toewijzing van het verzoek tot de 'kern' van het recht op bescherming van het privéleven, of meer tot de periferie? Uiteraard zal over de precieze invulling hiervan verschil van mening bestaan, maar over het belang van dit gezichtspunt zelf naar ik aanneem niet.

Voorts kan ook voor de werknemer beoordeeld worden, in hoeverre hij redelijke alternatieven heeft voor zijn privékeuze. 'Redelijk' in dit verband betekent mijns inziens: redelijk voor deze werknemer, met respect voor de immateriële belangen zoals hij die zelf ziet. In het arbeidsrecht is er, zoals bleek uit hoofdstuk 4 en hoofdstuk 9 en 10, een neiging om meer gewicht te hechten aan een belang voor zover deze met een grote groep van werknemers wordt gedeeld. Het wordt niet snel gerechtvaardigd geacht om van een werkgever te vergen om de organisatie aan te passen aan een belang dat heel bijzonder is voor het betreffende individu. Dat belang wordt dan privé of persoonlijk genoemd. Pas als er een grote groep werknemers is die dat belang hebben, kan het misschien voldoende gewicht krijgen. Naar mijn mening is het maatschappelijk gezien een groot goed om ruimte te creëren voor een variatie aan levensstijlen, uiteraard voor zover een levensstijl niet schadelijk is voor de omgeving. In art. 8 EVRM kan een bevestiging worden gevonden voor het belang van individuele autonomie en differentiatie. In ieder geval voor belangen die vallen binnen de kern van het recht op privacy moet daarom ruimte zijn voor individuele variaties en keuzevrijheid. Die ruimte kan ook geschapen worden in de arbeidsrelatie. Wie graag zelf borstvoeding wil geven, hoeft bijvoorbeeld wat mij betreft niet eerst aan te tonen dat de meeste moeders tegenwoordig borstvoeding geven of dat dit allerwege wordt aanbevolen. Voldoende mag zijn, dat de betreffende moeder ervan overtuigd is dat dit het beste is voor haar kind. Zo ook voor de aanpassing van arbeidstijden aan zorgtaken. Voldoende mag bijvoorbeeld zijn, dat een ouder graag het kind zelf wil verzorgen en daarvoor liever geen betaalde oppas zoekt, ook al is dat financieel haalbaar en doen vele anderen dat wel.

Als een alternatief of een compromis niet mogelijk is, moet ten slotte de knoop worden doorgemaakt tussen het belang van de werkgever en het belang van de werknemer. Hier aangeland moet de rechter zijn keus voor het ene of het andere belang bevredigend motiveren. Wat mij betreft doet hij dat openlijk en liefst onder verwijzing naar het hogere beginsel of het maatschappelijke belang dat rechtvaardigt dat de wederpartij zijn verlies moet nemen. Het prevalerende belang kan uiteraard ook het belang van de werkgever zijn. Ook dat belang moet zo goed mogelijk worden benoemd, opdat de afweging overtuigend is voor de werknemer.

¹⁰⁰ Vgl. *Monster* 1995, p. 291.

14.5 Conclusie hoofdstuk 14

In dit hoofdstuk is de vraag gesteld, op welke wijze de doorwerking van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer betrokken is of kan zijn bij onenigheid tussen werkgevers en werknemers over de beschikbaarheid van de werknemer. Daarvoor is ten eerste uiteengezet, wat de reikwijdte en het toetsingskader is van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer kent in de uitleg van dit in art. 8 EVRM vervatte recht, vele uiteenlopende aspecten, waaronder de bescherming van het gezinsleven en de wens zich te willen ontplooiën door het combineren van arbeid en zorg. Inbreuken op dit recht kunnen worden gerechtvaardigd ingevolge lid 2 van art. 8 EVRM. Wil de inbreuk gerechtvaardigd zijn, dan moet deze volgens de tekst van art. 8 lid 2 EVRM voldoen aan een aantal criteria. De belangrijkste daarvan in de context van dit onderzoek, is dat de inbreuk 'noodzakelijk [is] in een democratische samenleving'. De daaraan door het EHRM gekoppelde proportionaliteitstoets kan inhouden dat het belang van de inbreukmakende partij wordt afgewogen tegen het belang van de klagende partij. Daarbij kan aan de orde komen of de inbreukmakende partij een alternatief had, dat een minder zware inbreuk maakt op het grondrechtelijk beschermde belang.

De af te wegen belangen kunnen die van de werkgever ten opzichte van de belangen van de werknemer zijn. Het EHRM kan toetsen of in een geschil tussen een werkgever en een werknemer over arbeidstijden of verlof, de belangen in overeenstemming met art. 8 EVRM zijn afgewogen door de nationale rechter. De nationale rechter kan bij het maken van zijn eigen afweging een keuze maken voor directe of indirecte werking van het grondrecht, of voor tussenvormen daarvan, mits de uitkomst in overeenstemming met het Verdrag is. De directe doorwerking van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan in het arbeidsrecht veelal resulteren in een precisering van de bewijslast van de werkgever. Het toetsen van zijn belang bij bijvoorbeeld het geven van een bepaald voorschrift of het opzeggen van de overeenkomst kan dan namelijk worden ingevuld met begrippen als proportionaliteit of subsidiariteit.

De uitvoering van de proportionaliteitstoets kan de rechter evenwel voor problemen stellen. Het antwoord op de vraag welke van twee belangen moet prevaleren, is soms moeilijk te motiveren. Vereist is in ieder geval dat de belangen zorgvuldig en evenwichtig worden geformuleerd. De keus tussen een van beide belangen kan vervolgens worden gemotiveerd bijvoorbeeld met behulp van de vergelijkingsmethode, waarbij een glijdende schaal wordt gecreëerd tussen sterke en minder sterke rechten, of met behulp van de gezichtspuntencatalogus, waarin aanwijzingen worden gegeven voor de vraag in welke omstandigheden de betrokken belangen al dan niet zwaarwegend zijn.

Na deze uiteenzetting over de doorwerking van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, is aan de orde gesteld, welk verband deze doorwerking heeft met de invoering van de arbeidstijden- en verlofregelgeving vanaf de jaren

negentig. De invoering van deze wet- en regelgeving heeft als het ware de grenzen tussen werk en privé veranderd, zo is gebleken in de vorige delen. De werkgever heeft enerzijds meer verantwoordelijkheid gekregen voor de afstemming van arbeidstijden op persoonlijke omstandigheden. De vraag is gesteld of die verantwoordelijkheid restrictief moet worden uitgelegd, of dat de werknemer juist kan profiteren van een ruimere toepassing van deze verplichting. Anderzijds heeft de werkgever ook meer belang gekregen bij de wijze waarop werknemers hun privéleven invulling geven. De vraag is gesteld, of de werkgever zich dan ook vaker met de invulling van die privékwesities kan bemoeien. Het antwoord op deze vraag moet blijken uit de wijze waarop de rechter de belangen van de werkgever en de werknemer bij deze bemoeienis oplost.

Bij de belangenafwegingen die rechters maken in het kader van het arbeidstijden- en verlofrecht vanaf de jaren negentig is vaker aandacht voor de privébelangen van werknemers. De details van hun privéleven worden veel vaker dan daarvoor het geval was, doorgenomen door de rechter. De toegenomen aandacht voor privéaangelegenheden betekent echter nog niet dat die aangelegenheden meer gewicht hebben gekregen. Weliswaar past de rechter het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht loyaal toe. Buiten deze wet- en regelgeving acht de rechter in conflicten over arbeidstijden en verlof, de belangen van de werkgever vaak zwaarder. Door de privébelangen van de werknemer minder zwaarwichtig te achten of hiervoor alternatieven aan te dragen, bemoeit de rechter zich als het ware met de inrichting van het privéleven van de werknemer.

Als de wet aanleiding geeft tot een belangenafweging in het kader van arbeidstijden- en verlofwensen van een werkgever of een werknemer, zou het grondrecht op privacy ingeroepen kunnen worden om wat meer gewicht te hangen aan het persoonlijke belang van de werknemer bij bepaalde arbeidstijd- of verlofwensen. Dit grondrecht is gelet op het voorgaande immers geschikt om de rechten op ontplooiing in het privéleven van een individu te beschermen, ook ten opzichte van een zwaarwichtig collectief belang, zoals overheidsbelangen of de bij een onderneming betrokken belangen. Voorgesteld is dat de rechter een afweging in dergelijke kwesties maakt met behulp van een aantal gezichtspunten. Kort samengevat dienen eerst de bezwaren of wensen van de werkgever worden getoetst om vast te stellen of die gewichtig zijn. Voorts kan in het kader van de subsidiariteitstoets gezocht worden naar een acceptabeler alternatief. Als dat onvoldoende oplevert, kan naar een compromis gezocht worden, waarbij beide partijen water in de wijn zouden kunnen doen. Pas dan kan de vraag naar de redelijkheid van het belang van de werknemer aan de orde komen. In het licht van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, dient daarbij rekening gehouden te worden met het recht om individuele keuzes te maken die mogelijk afwijken van de keuzes die de meerderheid van werknemers maken.

De mogelijkheid van een beroep op een grondrecht in een civielrechtelijke procedure, bijvoorbeeld in een geschil over arbeidstijden en verlof, heeft een belangrijke symbolische waarde. Via de toepassing van grondrechten door de rechter kan op de

beschreven wijze een tegenwicht geboden worden tegen waarden die doorgaans dominant zijn in het economische sfeer, zoals het beginsel van de gebondenheid aan de overeenkomst en de waarde van vrije organisatie van de onderneming. Wel moet bedacht worden dat via de rechter maatschappelijke ontwikkelingen maar beperkt kunnen worden beïnvloed. Dit is al gesignaleerd voor het recht op gelijke behandeling, en het zal evenzeer gelden voor het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De rechter is terecht terughoudend in het entameren van nieuwe ontwikkelingen of het zwaar laten wegen van nieuwe, mogelijk omstreden beginselen. Dat is immers een taak die meer thuis is bij de wetgever. Als een individuele rechter al een vernieuwende weg inslaat, dan blijven de gevolgen daarvan bovendien niet zelden beperkt tot een gering aantal individuele rechtszoekenden. Wie een bepaalde maatschappelijke ontwikkeling wil bepleiten, kan dus maar beter de wetgever aanspreken.

Samenvatting en conclusies

Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw is een toename te constateren van wetgeving waarmee werknemers in de gelegenheid worden gesteld om hun werktijden incidenteel, tijdelijk of structureel af te stemmen op privéaangelegenheden zoals zorgtaken. Voorbeelden van dergelijke wetgeving zijn het recht de arbeidsduur te verminderen of te vermeerden, het recht om ouderschapsverlof op te nemen, het recht om vakantie te sparen en op te nemen op een zelf gekozen moment, en de verplichting van de werkgever om bij het vaststellen van arbeidstijdpatronen rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. De introductie van deze wetgeving is door sommigen ontvangen als een ingrijpende nieuwe ontwikkeling, ook wel aangeduid als een 'privétiseringsrevolutie'.

In dit onderzoek is de vraag gesteld, in hoeverre deze toegenomen verantwoordelijkheid van de werkgever voor privéomstandigheden van de werknemer historisch of systematisch gezien bijzonder is. Voor zover dat het geval is, is onderzocht welke rechtvaardiging voor deze toegenomen verantwoordelijkheid is of zou kunnen worden aangedragen. Tevens is de vraag gesteld, in hoeverre de bedoelde wetgeving heeft geleid of zou kunnen leiden tot een (nog) ruimere verantwoordelijkheid van de werkgever voor privéomstandigheden van de werknemer of met een toegenomen bemoeienis van de werkgever met die privéomstandigheden, mede in het licht van het grondrecht op privacy.

Om dit vraagstuk aan de orde te stellen, is eerst vastgesteld wat eigenlijk bedoeld wordt met het begrip privé, bijvoorbeeld als het gaat om privésfeer of privéomstandigheden (hoofdstuk 1). Het begrip privésfeer of privéomstandigheid heeft in het spraakgebruik primair een betekenis die verwijst naar 'feitelijke' begrippen zoals een bepaalde locatie, bepaalde bezigheden of bepaalde soorten relaties. Privéomstandigheden zijn volgens die betekenis omstandigheden die te maken hebben met de woning, behoeftebevrediging of affectieve verbintenissen. Daarmee wordt de privésfeer afgebakend van andere sferen zoals de werksfeer, waarvoor bijvoorbeeld kenmerkend zijn het kantoor of de fabriek, inkomensverwerving, en zakelijke relaties. Naast deze descriptieve definitie van het begrip privésfeer, blijkt echter dat dit begrip in het spraakgebruik ook geregeld een normatieve lading heeft. De normatieve lading zegt enerzijds iets over een afweerrecht tegen inmenging door derden. Men kan het woord privé gebruiken om aan te geven dat een ander zich

ergens niet mee mag bemoeien. Daarnaast kan men het woord gebruiken om aan te geven dat een persoon zelf het risico moet dragen voor bepaalde omstandigheden. Het begrip persoonlijke omstandigheid en privéomstandigheid kan tenslotte de nadere betekenis hebben van 'kenmerkend voor de bijzondere situatie van een persoon', welke constatering descriptief maar ook normatief bedoeld kan zijn. De descriptieve betekenis kan samenvallen met deze normatieve betekenissen, maar dit is niet noodzakelijkerwijs het geval.

Het aanduiden van zorgtaken als privéomstandigheden past goed bij de descriptieve definitie van het begrip privé. Zorgtaken hebben te maken met de woning, behoeftebevrediging en affectieve relaties. Tegelijkertijd kan deze aanduiding ook een normatieve lading hebben, doordat deze suggereert dat anderen zich niet met zorgtaken mogen bemoeien, maar er ook niet mee belast mogen worden. In deze studie is de normatieve betekenis die soms automatisch aan de aanduiding van dergelijke omstandigheden als privéomstandigheden wordt gekoppeld, ter discussie gesteld. Op de vraag wanneer iemand zich met een ander mag bemoeien als het gaat om zorgtaken, en wanneer men het risico dat het hebben van zorgtaken met zich meebrengt zelf moet dragen, zijn immers verschillende antwoorden denkbaar. Belicht is, hoe hier in wet en rechtspraak mee om wordt gegaan vanuit een historisch en vanuit een systematisch perspectief.

In deel II (hoofdstuk 2 t/m 6) is de historische ontwikkeling van de risicoverdeling voor privébezigheden toegelicht. Beschreven is dat zich een ontwikkeling heeft voorgedaan van toenemende segregatie van betaalde werkzaamheden buitenshuis en onbetaalde werkzaamheden binnenshuis. Deze ontwikkeling ging gepaard met een toegenomen segregatie tussen mannenarbeid en vrouwenarbeid. Deze segregatie, die ingegeven werd door economische, technologische en culturele ontwikkelingen, vormde een voedingsbodem voor de notie van het bestaan van grenzen tussen werksfeer en privésfeer. Ook de wetgever heeft zich vanaf eind negentiende eeuw met de begrenzing van werksfeer en privésfeer bezig gehouden. Dat had in eerste instantie voornamelijk betrekking op het beschermen van de werknemer tegen maximalisering van arbeidstijden door middel van wetgeving zoals de Arbeidswet 1889 en de Arbeidswet 1919. Er is dus al sprake van dwingendrechtelijke arbeidstijdenwetgeving sinds eind negentiende eeuw. De rechtvaardiging van deze wetgeving ging vanaf 1919 al verder dan de enkele bescherming van veiligheid en gezondheid. Nadrukkelijk had deze wetgeving ook tot doel werknemers de gelegenheid te bieden zich te ontspannen en zich met hun gezin bezig te houden. Deze gedachte werd na de Tweede Wereldoorlog uitgebouwd, bijvoorbeeld in het recht op een vrije zaterdag, en de introductie van een wettelijk recht op vakantie.

Toch wordt het begin van de privétiseringsrevolutie aan het einde van de 20^e eeuw geplaatst en niet aan het einde van de 19^e eeuw. De reden daarvoor is vermoedelijk dat de arbeidstijdenwetgeving vanaf begin twintigste eeuw tot eind jaren tachtig vooral een kwestie was van collectieve ordening, op bedrijfstak- of ondernemingsniveau. De bepalingen van de Arbeidswet waren grofweg voor alle werknemers of bepaalde categorieën daarbinnen hetzelfde. Binnen die grenzen had de werkgever

grote zeggenschap. Hij kon er in beginsel op rekenen dat de werknemer in staat was zijn volledige arbeidskracht voor zijn werkgever in te zetten, ook buiten de gebruikelijke arbeidstijd, bijvoorbeeld voor het verrichten van overwerk. De 'gewone' situatie was kortom dat werknemers binnen de rigide, collectieve grenzen van de Arbeidswet volledig beschikbaar waren voor arbeid. De bescherming van de 'gewone' werknemer in wetgeving die voor nagenoeg alle werknemers hetzelfde was, werd eind twintigste eeuw waarschijnlijk als zo vanzelfsprekend ervaren, dat dit niet meer als een bescherming voor privétijd of privébezigheden werd ervaren.

Alleen voor een klein aantal bijzondere omstandigheden waren uitzonderingen gecreëerd, zoals kortdurende ziekte, calamiteiten en enkele bezigheden in de 'openbare sfeer' zoals het actieve kiesrecht en landverdediging. De uitzonderingen die te maken hadden met zorgtaken waren zeer beperkt. Er was een werkverbod in verband met zwangerschap en bevalling en recht op verlof bij de bevalling van de echtgenote en voor het geven van borstvoeding. De meeste van de genoemde verlofrechten waren van regeland recht, of konden desgewenst worden ontweken door beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Die beëindiging was tot begin jaren zeventig heel gebruikelijk voor huwende vrouwen of vrouwen die in verwachting raakten. Het maatschappelijke gegeven dat de meeste mannen geheel beschikbaar waren voor arbeid en de meeste gehuwde vrouwen geheel beschikbaar waren voor onbetaalde zorgtaken wordt wel aangeduid als het kostwinnerstelsel. De wetgeving was tot op zekere hoogte aan dit stelsel aangepast. Het kostwinnerstelsel kwam tot uitdrukking in het arbeidstijdenrecht en ontslagrecht, maar ook in de loonvorming, het sociale zekerheidsrecht, het fiscale recht, en indirect in de behandeling van dienstmeisjes. Volgens dit stelsel waren zorgtaken privé, in de zin dat werkgevers nauwelijks belast werden door de omstandigheid dat werknemers naast hun werk ook zorgtaken te behartigen hadden.

De toename van bescherming voor vrouwen met zorgtaken vanaf de jaren negentig kan in dit licht als opmerkelijk worden ervaren, omdat deze werknemers ten opzichte van de 'gewone' werknemer een bijzondere geïndividualiseerde bescherming kregen bestaande uit, kort gezegd, rechten op aanpassing van individuele arbeidstijd aan zorgtaken. De ontwikkeling van deze bijzondere bescherming is in gang gezet onder invloed van de wens van de wetgever om meer vrouwen betaalde arbeid te laten verrichten onder gelijke condities als mannen. Deze wens werd ingegeven zowel door de economische behoefte aan meer arbeidskrachten, als door de ideële wens om de positie van vrouwen te verbeteren. De ontwikkeling van het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen vond plaats vanaf de jaren zeventig. Begin jaren negentig waren nagenoeg alle wettelijke bepalingen waarin vrouwelijke werknemers werden benadeeld ten opzichte van mannen ingetrokken. Er was echter nog weinig geregeld om het arbeidstijden- en verlofrecht aan te passen aan het gegeven dat vrouwen met zorgtaken niet konden voldoen aan de tot dan toe bestaande veronderstelling dat de 'gewone' werknemer volledig beschikbaar was voor arbeid, binnen collectief gestelde grenzen. Wel waren er steeds meer

vrouwen die deelnamen aan betaalde arbeid. Vanaf de jaren tachtig was het kostwinnerstelsel ook maatschappelijk gezien geleidelijk vervangen door het anderhalfverdienersstelsel, waarin binnen een huishouden de man voltijds en de vrouw parttime betaald werk verrichten. Maar ook wie in deeltijd werkt, kan voor die periode behoefte hebben aan afstemming van arbeidstijden op zorgtaken of aan kinderopvang.

Vanaf de jaren negentig nam de Nederlandse wetgever initiatieven om werknemers met zorgtaken te ondersteunen, daarbij geïnspireerd door internationale verdragen, in het bijzonder het IAO-verdrag 156 'betreffende gelijke kansen en gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke arbeiders: arbeiders met gezinsverantwoordelijkheid'. De wettelijke regelingen die dienden ter ondersteuning van werknemers met zorgtaken worden in dit onderzoek ook wel gezamenlijk aangeduid als het 'responsieve arbeidstijden- en verlofrecht', omdat ze op verzoek van de werknemer aanpassing aan zijn behoefte aan vrije tijd faciliteerden. De betreffende wetgeving sluit aan op het reeds in de praktijk gegroeide anderhalfverdienerstelsel, in die zin dat de combinatie van betaald werk en zorg vooral is vergemakkelijkt voor vrouwen met een partner die een toereikend inkomen heeft, zodat zij zelf tijdelijk of structureel minder kunnen gaan werken zonder hun levensstandaard ingrijpend terug te schroeven. De vergroting van het aanbod van kinderopvang werd pas veel later ter hand genomen.

Werknemers kregen in het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht onder andere recht op ouderschapsverlof, uitbreiding van zwangerschapsverlof, adoptieverlof, kortdurend zorgverlof, langdurend zorgverlof, aanpassing van arbeidsduur en aanpassing van arbeidstijden aan persoonlijke omstandigheden. Ook was er sprake van toename van zeggenschap over het sparen en opnemen van vakantie. De meeste verlofrechten gingen gepaard met bijzondere ontslagbescherming. Inkomensbescherming tijdens het verlof of aanpassing van de arbeidsduur bleef beperkt. Aan de al in 1990 bestaande rechten op inkomensbescherming werd alleen toegevoegd het recht op uitkering tijdens adoptieverlof en het recht op doorbetaling van 70% van het loon tijdens het kortdurend zorgverlof.

Anders dan waar het ging om de arbeidstijd van de 'gewone', voltijds beschikbare werknemer, werd deze wetgeving niet vooraf gegaan door een belangrijke toename van dergelijke regelingen in cao's. Opmerkelijk is bovendien dat de Nederlandse wetgever veelal vooruitliep op de Europese wetgever. Richtlijnen op grond waarvan bescherming van werknemers met zorgtaken geboden was kwamen relatief laat tot stand en boden vaak minder bescherming dan de Nederlandse wet. Ook rechters verplichten de Nederlandse wetgever niet om dergelijke bescherming te bieden. Het Europese Hof van Justitie gebod bijvoorbeeld nauwelijks bijzondere bescherming van werknemers met zorgtaken bij de uitleg van het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. Behoudens het verbod van discriminatie op grond van zwangerschap en bevalling mogen werknemers met zorgtaken van het Hof van Justitie behandeld worden naar rato van hun beschikbaarheid, en omdat ze minder

beschikbaar zijn, mogen ze volgens het Hof dus ook naar rato minder goed behandeld worden. Ook in Nederlandse rechtspraak was nog nauwelijks een verplichting van de werkgever waar te nemen, om arbeidstijden aan te passen aan de behoefte van werknemers met zorgtaken. Zo bezien vervulde de Nederlandse wetgever een voortrekkersrol als het ging om de bescherming van vrouwen met zorgtaken. De Nederlandse rechter volgde de wetgever op dat punt, door de betreffende wetgeving na invoering loyaal toe te passen en uit te leggen.

Door de groei van betaald werk verricht door vrouwen, hadden werkgevers in toenemende mate te maken met een beroep op de bijzondere bescherming van werknemers op het gebied van arbeidstijden en verlof. De mate waarin deze bescherming ingreep in de tot dan toe bestaande belasting van werkgevers voor persoonlijke omstandigheden kan in dat opzicht ingrijpend worden genoemd. Deze constatering kan echter gerelativeerd worden door te wijzen op een ontwikkeling in de wetgeving en rechtspraak in dezelfde periode, waarin de lasten van werkgevers op dat punt juist werden verlicht. De rigide normen van het publieke arbeidstijdenrecht kwamen vanaf midden jaren tachtig steeds meer onder druk te staan. Werkgevers hadden behoefte aan flexibeler regels. De Arbeidswet 1919 werd vervangen door de Arbeidstijdenwet 1996, die nadien enkele keren is gewijzigd. De Arbeidstijdenwet bood werkgevers steeds grotere mogelijkheden om arbeidstijdpatronen af te stemmen op de situatie binnen het bedrijf en sneller in te spelen op wijzigende omstandigheden in de sector of onderneming. Van de 'gewone' werknemer werd dientengevolge steeds meer flexibiliteit verwacht bijvoorbeeld met betrekking tot het variëren van arbeidstijdpatronen en incidenteel of structureel overwerken.

Dezelfde verplichting om zich flexibel op te stellen als het gaat om arbeidstijdpatronen is terug te vinden in de rechtspraak. Het belang bij bescherming van tijd voor privébezigheden heeft, behoudens de toepassing van het dwingende recht, in de rechtspraak niet bijzonder veel gewicht. Vanaf midden jaren negentig werd van werknemers bijvoorbeeld in toenemende mate verwacht dat zij akkoord gingen met wijzigingen van afspraken over arbeidstijdpatronen. Een opdracht om overwerk te verrichten mag meestal niet geweigerd worden, ook al heeft de werknemer daar goede persoonlijke redenen voor. Als de rechter de vrijheid heeft gekregen van de wetgever om de belangen bij een bepaalde spreiding van arbeidsuren over de week zelf naar redelijkheid af te wegen, bijvoorbeeld bij aanpassing van de arbeidsduur, trekt de werknemer meestal aan het kortste eind.

Er doet zich een merkwaardige paradox voor tussen de twee beschreven tendensen in wetgeving en rechtspraak vanaf de jaren negentig. Enerzijds weten werknemers zich beschermd door op het oog ingrijpende beschermende wetgeving om hun arbeidsduur tijdelijk of structureel aan te passen aan hun individuele behoefte. Anderzijds wordt van werknemers veel meer flexibiliteit verwacht als het gaat om arbeidstijdpatronen en overwerk, en faciliteert de wetgever flexibele arbeidsrelaties, waarbinnen geïndividualiseerde arbeidstijden- en verlofrechten veel minder betekenis hebben. Beide trends zijn in de literatuur als revolutionair aangemerkt. De flexibilisering ten gunste van werknemers was revolutionair, omdat nog niet eerder

de werkgever verplicht was geweest om op een potentieel grote schaal aanpassing van arbeidstijden aan de individuele behoeftes van werknemers toe te staan. Dat was een ongekennde inbreuk op het beginsel van vrije organisatie van de onderneming. De flexibilisering ten gunste van werkgevers was ook revolutionair, omdat sinds het begin van de vorige eeuw nog geen sprake was geweest van het afbouwen van het beschermingsniveau van de arbeidswetgeving. Door dit tweesporenbeleid bestendigt de wetgever in zekere zin de klassieke rolverdeling tussen mannen en vrouwen. Van 'gewone' werknemers (mannen zonder zorgtaken) wordt verwacht dat ze zo ruim mogelijk beschikbaar zijn, terwijl vooral de 'bijzondere' werknemers (vrouwen met zorgtaken) gesteund worden in het beperken van hun beschikbaarheid.

Niet alle werknemers met zorgtaken worden echter gesteund in hun behoefte om arbeidstijdpatronen af te stemmen op zorgtaken. Dat geldt namelijk veel minder voor flexibele arbeidsrelaties. De flexibiliseringstrend is niet alleen zichtbaar in de arbeidstijden wet- en regelgeving, maar ook in de facilitering van flexibele arbeidsrelaties. Flexibele arbeidsrelaties, zoals oproepwerk, nulurencontracten, thuiswerk en uitzendarbeid, waren vanaf de jaren tachtig een domein waarin veel vrouwen met zorgtaken hun toevlucht zochten, uit noodzaak of omdat zij daarmee zelf arbeid en zorg beter konden combineren. Ook werkgevers hadden behoefte aan flexibele arbeidsrelaties, vanuit de al genoemde wens om het reservoir aan arbeidskrachten af te stemmen op de soms snel wijzigende bedrijfsbehoefte. In de jaren tachtig en negentig groeide de omvang van dergelijke arbeidsrelaties, waardoor behoefte ontstond aan regulering van de soms onduidelijke juridische status ervan, alsmede aan de verbetering van de veelal marginale positie van de betrokken werknemers. De wetgever wilde in het kader van deze regulering weliswaar meer zekerheid voor werknemers bieden, maar ook bewust ruimte laten voor de behoefte aan flexibiliteit bij werkgevers. De Wet flexibiliteit en zekerheid van 1998 zorgde dan ook voor juridische verduidelijking van de rechten van flexibele werknemers, maar niet voor een duidelijke verbetering van hun rechtspositie. De toegenomen mogelijkheid om werknemers diverse opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd aan te bieden, heeft er aan bijgedragen dat inmiddels naar schatting een kwart van de Nederlandse werknemers geen contract voor onbepaalde tijd meer heeft. Voor deze werknemers ligt een beroep op de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving tegen de zin van hun werkgever praktisch gezien veel minder binnen hun bereik, omdat zij daarmee de voortzetting van de keten van contracten op het spel kunnen zetten.

Op een andere manier past de facilitering van flexibele arbeidsrelaties echter ook bij het anderhalfverdienersmodel. Om bedrijven in staat te stellen snel te kunnen reageren op veranderende marktcondities door het aannemen of juist weer afstoten van flexibele werknemers, moet er een reservoir aan arbeidskrachten zijn, voor wie dat soort arbeid om welke reden dan ook aantrekkelijk is. Dat kan onder andere het geval zijn als er (veel) huishoudens zijn die primair rekenen op één stabiel inkomen, dat ze aanvullen met een variabel inkomen al naar gelang het uitkomt. Toch ziet de wetgever het feit dat veel Nederlandse vrouwen in deeltijd werken inmiddels als een probleem, en worden maatregelen genomen om hen te stimuleren meer te gaan werken. Als onderdeel van dat beleid kan gezien worden de sinds 2007 relatief

ruimhartige subsidie voor kinderopvangkosten. Het van overheidswege financieren van dergelijke voorzieningen was lang van de hand gewezen met de gedachte dat dit de eigen (privé) verantwoordelijkheid van werknemers was, maar wordt nu ten langen leste toch als een gedeelde maatschappelijke verantwoordelijkheid gezien.

Principieel gezien was het ingrijpen van de wetgever om de tijd voor privébezigheden van de werknemer te beschermen kort samengevat niet nieuw in het arbeidsrecht. Historisch gezien was de ingreep vanaf begin jaren negentig toch opmerkelijk te noemen vanwege het geïndividualiseerde karakter van de bescherming. Daarom wordt van dit deel van het huidige arbeidstijden- en verlofrecht gezegd dat de werkgever daarmee verantwoordelijk is geworden voor omstandigheden die 'eigenlijk' privé zijn. Een van de betekenissen van het woord 'privé' is 'voor eigen risico komend', zoals bleek uit hoofdstuk 1. Het aanmerken van bepaalde omstandigheden als privé en andere niet, staat in die betekenis gelijk aan het maken van een risicoverdeling. De vraag die in deel II (hoofdstuk 7 t/m 11) centraal staat is in hoeverre de 'risicoverdeling' voor privéomstandigheden van de werknemer in het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht afwijkt van de in het arbeidsrecht gebruikelijke risicoverdeling. Bestudeerd is hoe de afweging van werkgeversbelangen tegen persoonlijke belangen doorgaans wordt gemaakt in het arbeidsrecht. Bescherming van de werknemer tegen de machtige positie van de werkgever wordt immers door velen gezien als het belangrijkste kenmerk van dit rechtsgebied. Hoe bijzonder is het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht dan in vergelijking daarmee?

Om een ijkpunt te hebben voor de vraag hoe de afweging tussen werkgeversbelangen en persoonlijke belangen die tot uitdrukking komt in het arbeidsrecht kan worden gekwalificeerd, is ten eerste een vergelijking gemaakt met de risicoverdeling zoals die in grote lijnen voorkomt in het gewone contractenrecht. Daaruit is geconcludeerd dat in het algemene contractenrecht een zekere ruimte is voor het beginsel dat men rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, waaronder kunnen vallen persoonlijke belangen in de vorm van zorgtaken. Die ruimte wordt echter, zodra een overeenkomst is gesloten, in belangrijke mate beperkt door de verplichting tot nakoming van het contract. De overeenkomst bepaalt primair, welke risico's zelf gedragen moeten worden ('persoonlijk' zijn) en welke risico's geheel of gedeeltelijk door de wederpartij gedragen moeten worden. Slechts als de persoonlijke omstandigheden niet zijn schuld waren of hem niet toegerekend kunnen worden, kan de partij die wegens zorgtaken zijn verplichtingen niet na kan komen, een succesvol beroep doen op overmacht. Dan hoeft hij niet na te komen noch schadevergoeding te voldoen, maar hij heeft geen recht op de tegenprestatie van de wederpartij, en de wederpartij mag het contract ontbinden.

Bij de vaststelling van wat de overeenkomst meebrengt, heeft de rechter weliswaar een zekere ruimte middels de uitleg of aanvulling van het contract. Hierin zit voor de rechter een mogelijkheid om impliciet bepaalde al dan niet onvoorziene (persoonlijke) omstandigheden zoals het moeten verrichten van zorgtaken, te verdisconteren.

Voor commerciële partijen geldt dat de rechter zo dicht mogelijk bij de bewoordingen in het contract moet blijven. A contrario geldt dat voor andere contractspartijen meer ruimte bestaat om een wijziging van hun persoonlijke omstandigheden in de uitleg van het contract te verdisconteren. Wel zal dan door de rechter gemotiveerd moeten worden waarom dit van aanvang af in het contract besloten lag. Als dat niet kan, kan de rechter als alternatieve mogelijkheid om persoonlijke omstandigheden te verdisconteren, op verzoek van de partij die het betreft, het contract gedeeltelijk buiten toepassing laten of zelfs wijzigen, of hij kan de wederpartij verplichten opnieuw te onderhandelen over bepaalde contractsvoorwaarden, vanwege gewijzigde omstandigheden bij de ander. Van deze mogelijkheden kan in beginsel echter slechts met grote terughoudendheid gebruik worden gemaakt. Het feit dat de omstandigheden voorzienbaar waren of dat ze door de contractspartij zelf in het leven zijn geroepen, staat doorgaans in de weg aan een succesvol beroep op deze uitzonderingen. Het beëindigen van een duurovereenkomst, bijvoorbeeld wegens persoonlijke omstandigheden, zal meestal wel mogelijk zijn, ook al ontbreekt een contractuele opzeggingsmogelijkheid. Wel kan van de opzeggende partij geleverd worden een vergoeding te betalen en/of een opzegtermijn in acht te nemen, onder andere omdat de persoonlijke belangen van de wederpartij dit vergen.

Als deze risicoverdeling op hoofdlijnen wordt vergeleken met de responsieve arbeidstijden- en verlofregels, valt op dat dit laatste, veelal dwingende recht de werknemer aanspraak geeft op aanpassing van zijn arbeidstijd aan zijn persoonlijke omstandigheden, ook als die voorzienbaar waren of zelfs door hem zelf in het leven geroepen. In sommige gevallen hoeft hij voorts niet aannemelijk te maken dat die omstandigheden hem verhinderen te werken, er hoeft met andere woorden niet altijd sprake te zijn van overmacht. De werkgever kan bovendien de overeenkomst meestal niet met succes beëindigen vanwege de gewijzigde omstandigheden van de werknemer of de gevolgen daarvan. In sommige gevallen kan de werkgever zelfs zijn eigen prestatie, dat wil zeggen betaling van het loon, niet opschorten ook al werkt de werknemer niet. Daarmee is het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht zonder meer te karakteriseren als een 'breuk' met het systeem van het gewone contractenrecht. Dat gegeven zal echter weinig verbazing wekken. De hoeveelheid dwingend recht is immers juist karakteristiek voor het arbeidsrecht, en bescherming van zwakke partijen zoals de werknemer is van oudsher een belangrijke doelstelling van dwingend recht.

Het arbeidsrecht wordt zoals gezegd volgens velen in het bijzonder gekenmerkt door het feit dat de werkgever rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de werknemer. Dit gegeven wordt vaak aangeduid als ongelijkheidscompensatie of werknemersbescherming. De vraag is in hoeverre in het arbeidsrecht inderdaad door de wetgever of de rechter systematisch wordt afgeweken van het neutrale systeem van het contractenrecht ten gunste van de werknemer.

Die afwijking is niet zo ver doorgevoerd dat de waarde van afspraken in het arbeidsrecht steeds kan worden gerelativeerd. Ook in het arbeidsrecht geldt in beginsel de regel dat partijen gebonden zijn aan gemaakte afspraken. Van dat

beginsel wordt soms afgeweken door de rechter, bijvoorbeeld door nietigverklaring van bedingen of afspraken. Nadere bestudering van die rechtspraak wijst uit dat het daarbij in de meerderheid van de gevallen gaat om het relativeren van bedingen waarmee belangrijke onderdelen van dwingendrechtelijke ontslagbescherming zouden kunnen worden omzeild. Daarmee toont de rechter zich loyaal aan het dwingende ontslagrecht, zonder dat gezegd kan worden dat de rechter zelf een autonome afweging heeft gemaakt tussen het belang van de werkgever bij het ontslag en de belangen van de werknemer bij het behoud van zijn baan. Buiten het ontslagrecht komt het minder vaak voor dat de rechter werknemers niet aan een afspraak houdt. Werknemers zijn bijvoorbeeld doorgaans gebonden aan incorporatiebedingen of wijzigingsbedingen, ook al is een dergelijk beding duidelijk niet in hun voordeel gemaakt en pakt het in een gegeven geval ongunstig voor hen uit. Het leerstuk misbruik van omstandigheden wordt ook in het arbeidsrecht niet gebruikt om structurele economische machtsongelijkheid mee te compenseren. Van het beginsel van gebondenheid aan de overeenkomst is door de rechter wel op een belangrijk punt afgeweken ten gunste van de langdurig arbeidsongeschikte werknemer die aanbiedt andere dan de bedongen arbeid te verrichten. Wordt dit aanbod niet aanvaard, dan kan de werknemer recht hebben op doorbetaling van loon.

De rechter is voorts op een belangrijk punt afgeweken van het beginsel van gebondenheid aan de overeenkomst ten gunste van de werkgever. Dat is het geval als de werkgever een redelijk voorstel doet tot wijziging van de overeenkomst in verband met gewijzigde omstandigheden op het werk. De werknemer is in dit geval verplicht daarover in redelijkheid te overleggen en dit voorstel te aanvaarden, tenzij dit in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. De werknemer die zich niet aan die verplichting houdt, kan zijn recht op loon en zijn ontslagbescherming verliezen. Door deze regel heeft de werkgever een instrument gekregen om zijn arbeidsorganisatie flexibel in te richten. In het arbeidsrecht blijkt de bescherming van de werknemer aldus niet de enige waarde te zijn die soms belangrijker is dan het beginsel van gebondenheid aan het contract. Ook de waarde die gehecht wordt aan de vrije organisatie van de onderneming door de werkgever is soms belangrijker dan het beginsel van gebondenheid aan het contract.

De waarde van vrije organisatie van de onderneming komt tot uitdrukking in meerdere leerstukken in het arbeidsrecht. Een voorbeeld daarvan is de wijze waarop de rechter het gebruik van de gezagsbevoegdheid door de werkgever toetst. De grenzen van de gezagsbevoegdheid zijn gelegen in de wet, de overeenkomst, de rechtmatigheid en de redelijkheid van de gezagsuitoefening. De wet bevat veel dwingend recht waar het gaat om veiligheid en gezondheid, werkhervatting van gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers, en arbeidstijden. Daarmee is de wettelijke zorgplicht van de werkgever op de genoemde gebieden relatief zwaar te noemen. De grenzen aan disciplineren van gedrag, teneinde belangen te beschermen als autonomie, informationele privacy en vrije expressie, zijn door de wetgever veel minder gereguleerd. Conflicten hierover moeten derhalve veelal worden opgelost door de rechter. Het gebruik van de gezagsbevoegdheid kan binnen de grenzen van de wet en de overeenkomst getoetst worden door de rechter op rechtmatigheid

en redelijkheid. De Hoge Raad blijkt de grenzen van de gezagsbevoegdheid relatief ruim te trekken. De rechtmatige uitoefening van de gezagsbevoegdheid houdt bijvoorbeeld vermoedelijk niet op bij de grens van werkplek en werktijd. Het belang van de werkgever bij de beperking van de vrijheid van de werknemer door de werkgever in zijn vrije tijd hoeft bijvoorbeeld niet zeer zwaarwichtig te zijn. Ook wordt al vrij snel aangenomen dat het gebruik van de gezagsbevoegdheid door de werkgever redelijk is. Bij het toetsen van de redelijkheid van voorschriften moet weliswaar vol getoetst worden aan de normen van goed werkgeverschap, maar daarbij moet rekening worden gehouden met de beleidsvrijheid van de werkgever. Alleen een zwaarwichtig persoonlijk belang van de werknemer kan aldus weigering van een redelijke instructie rechtvaardigen. Wel moet de werkgever zich houden aan zorgvuldigheidsvoorschriften, zoals het aanhoren van de bezwaren van de werknemer.

De keerzijde van de ruime zeggenschap van de werkgever is een ruime aansprakelijkheid voor schades die ontstaan in de bedrijfs sfeer. De risicoverdeling voor schade ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden in art. 7:658 lid 2 BW legt het risico bijna geheel bij de werkgever. De verhoogde bescherming van de werknemer is vooral af te leiden uit het feit dat de werknemer zelden zelf geheel of gedeeltelijk aansprakelijk is voor schade als gevolg van een gebrekkige nakoming van de overeenkomst. De bescherming tegen de financiële gevolgen van arbeidsgerelateerde ongevallen is door de rechter bovendien nog verder uitgebreid op grond van het goed werkgeverschap, voor situaties waarin de zeggenschap van de werkgever ontbreekt of het geval anderszins niet valt binnen de werkingsfeer van art. 7:658 BW.

Als keerzijde van de ruime zeggenschap van de werkgever zou ook genoemd kunnen worden de verplichting om loon door te betalen ook als de werknemer niet werkt, om redenen die meer in de risicosfeer van de werkgever liggen. De toepassing van de zogeheten risicoregeling van art. 7:628 BW in plaats van de aanknopingspunten in het algemene contractenrecht werkt in veel gevallen relatief gunstig voor de werknemer. Voorwaarde voor een recht op loon blijft weliswaar doorgaans dat er een oorzaak voor het niet-werken toe te rekenen valt aan de werkgever. Aan deze toerekening worden echter verhoudingsgewijs niet al te hoge eisen gesteld. De meest gunstige toepassing van de regel is het geval van de zieke werknemer die passende arbeid aanbiedt. De toepassing van de risicoregeling in plaats van de aanknopingspunten in het algemene contractenrecht werkt echter niet altijd ten gunste van de werknemer. Soms valt de billijkheidsafweging ten gunste van de werkgever uit, zoals in het geval van werkwilligen bij georganiseerde staking, en in het al genoemde geval van het niet aanvaarden van een aanbod van de werkgever om andere arbeid te verrichten.

De risicoverdeling tussen werkgeversbelangen en persoonlijke belangen kan in grote lijnen aldus worden samengevat dat het belang van de werkgever bij de vrije inrichting van zijn organisatie een zwaarwichtig belang is, waar persoonlijke belangen van de werknemer meestal niet tegen op wegen. Wel kan de werknemer soms

aanspraak maken op een financiële compensatie voor de schending van zijn (al dan niet persoonlijke) belangen als gevolg daarvan. Dit is duidelijk terug te zien in het ontslagrecht. Hoewel het ontslagrecht onmiskenbaar belangrijke procedurele waarborgen biedt voor een zorgvuldig ontslag, geldt in de ontslagpraktijk de ervaringsregel dat een werkgever er meestal in slaagt de arbeidsovereenkomst om wat voor reden dan ook te (laten) beëindigen. Tegelijkertijd is hij in veel gevallen gehouden de werknemer een financiële vergoeding mee te geven. Die vergoeding kan onder andere worden begroot aan de hand van persoonlijke omstandigheden of kenmerken van de werknemer, die in het geval van de ontbindingsvergoeding grotendeels zijn gestandaardiseerd. Met name de ontbindingspraktijk kan gezien worden als een uitdrukking van de overtuiging van rechters dat de werkgever de vrijheid toekomt om zijn onderneming te drijven met de werknemers naar zijn keuze, maar dat de inbreuk op de persoonlijke belangen van de als gevolg daarvan overtollige werknemers financieel gecompenseerd moet worden.

Als men deze risicoverdeling tussen werkgeversbelangen en persoonlijke belangen in het arbeidsrecht vergelijkt met de weergave van de essentie van het arbeidsrecht in de arbeidsrechtelijke literatuur, valt op dat daarin vooral veel nadruk wordt gelegd op de beschermingsfunctie van het arbeidsrecht, en veel minder op de functie van het faciliteren van ondernemingsvrijheid. De ruime ondernemingsvrijheid van de werkgever wordt veelal impliciet of expliciet aangemerkt als het ontbreken van recht of als een natuurlijke toestand, maar niet vaak als een waarde die tot uitdrukking komt in het arbeidsrecht zelf. De gedachte dat de vrije organisatie van de onderneming als waarde tot uitdrukking komt of dient te komen in het arbeidsrecht wordt wel aangetroffen in de zogenaamde institutionele en paternalistische visies op het arbeidsrecht.

De erkenning van het feit dat de waarde van de vrije organisatie van de onderneming op een aantal terreinen veel gewicht toekomt in het arbeidsrecht, kan mede verklaren waarom het responsieve arbeidstijden- en verlofrecht als een revolutionaire inbreuk op het tot dan toe geldende systeem in het arbeidsrecht werd ervaren. Arbeidsrechtelijke bescherming betreft heel vaak bescherming van persoonlijke belangen, en bescherming van tijd voor privébezigheden was de oudste vorm van arbeidsrechtelijke bescherming. Tot dan toe was die bescherming echter vooral collectief en relatief rigide. De vrijheid van de werkgever om daarbinnen de onderneming naar eigen goeddunken te organiseren bleef tot op grote hoogte behouden. Nu wordt echter van de werkgever gevergd om de organisatie in voorkomende gevallen aan te passen aan individuele behoeftes en kenmerken van werknemers. Dat is inderdaad een revolutionair te noemen breuk met het bestaande recht, dat in de rechtspraak alleen was vooraf gegaan door de verplichting om een aanbod van langdurig arbeidsongeschikte werknemer om passende arbeid te verichten te aanvaarden.

In deel III (hoofdstuk 13 en 14) zijn enkele discussievragen opgeworpen over dit gegeven. In hoofdstuk 13 is stilgestaan bij de vraag, welke rechtvaardiging kan worden gegeven voor deze revolutionaire ingreep. De rechtvaardiging lag in ieder

geval niet in de noodzaak om precies die regelingen in te voeren op grond van internationale verplichtingen, al was in sommige gevallen dergelijke regelgeving ook op internationaal niveau al in voorbereiding. De wetgever verwees veelal naar die internationale ontwikkelingen, maar motiveerde uiteraard ook inhoudelijk waarom voorstellen voor responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving werden gedaan, en waarom in die vorm. Volgens de Algemene Aanwijzingen voor de Regelgeving moet de wetgever daarbij aandacht besteden aan de legitimiteit van het doel van de wetgeving, de geschiktheid en de noodzakelijkheid van het middel, en de proportionaliteit ervan. Het doel van de wetgever bestond in dit geval kort gezegd uit het bestrijden van krapte op de arbeidsmarkt en het verbeteren van de economische onafhankelijkheid van vrouwen, mede in het belang van die vrouwen zelf. Dit doel en de geschiktheid en noodzakelijkheid van het middel zijn veelal uitvoerig toegelicht door de wetgever. De vraag of dit middel wellicht disproportioneel inbreuk zou kunnen maken op de belangen van werkgevers, is veel minder uitvoerig aan bod gekomen. Dit kan worden verklaard door de veronderstelling dat de maatregelen macro-economisch gezien ook voordelig zouden uitpakken voor werkgevers, in ieder geval op de lange termijn.

De vraag naar de rechtvaardiging van het feit dat nu juist de werkgever belast wordt om de combinatie van arbeid en zorg voor de werknemer te faciliteren, is daarmee nog niet bevredigend beantwoord. Die vraag is aan de orde als gezocht wordt naar de 'rechtsgrond' van deze wetgeving. Een antwoord op de vraag welke rechtsgrond ten grondslag lag aan deze wetgeving, kan gegeven worden door te benoemen welk beginsel of welke waarde maakte dat het tot dan toe geldende systeem mocht worden doorbroken. Volgens het tot dan toe geldende systeem prevaleerde het beginsel van gebondenheid aan de overeenkomst en het beginsel van vrije organisatie van de onderneming, in ieder geval waar het ging om de vaststelling van arbeidstijdpatronen binnen de collectieve grenzen van het dwingende recht. Welk beginsel maakte dat een doorbreking hiervan ten gunste van de waarde van vrije organisatie van het privéleven van de werknemer gerechtvaardigd was?

De wetgever heeft deze rechtvaardiging vooral gezocht in het grondrecht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. Een beroep op dit grondrecht ter bescherming van werknemers met zorgtaken lag voor de hand, maar heeft enige nadelen als het gaat om de overtuigingskracht ervan. Het is een relatief nieuw, en daardoor voor sommigen wellicht minder eerbiedwaardig beginsel. Het recht op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen biedt bovendien alleen bescherming aan werknemers met zorgtaken voor zover vrouwen inderdaad vaker dan mannen zorgtaken op zich nemen. Dit kan in de loop der tijd gaan veranderen. Het recht op gelijke behandeling is inhoudelijk gezien ten slotte onbepaald, hetgeen bijvoorbeeld kan blijken uit het feit dat volgens het Hof van Justitie dit grondrecht geen bijzondere bescherming van werknemers met zorgtaken met zich brengt, terwijl dit volgens de wetgever en ook volgens sommige internationale verdragen nu juist wel zo is. Door de relatieve onbepaaldheid van dit grondrecht biedt het ook ruimte voor beleid waarin vrouwen worden gestimuleerd om zoveel mogelijk te participeren in het economisch verkeer, op voet van gelijkheid met mannen. Daarmee kan

hen uiteindelijk de keuzemogelijkheid worden ontnomen om nu juist niet te voldoen aan het prototype van de werknemer zonder verplichtingen buiten het werk.

Betoogd is dat ter rechtvaardiging van de responsieve arbeidstijden- en verlofwetgeving in plaats daarvan een beroep had kunnen worden gedaan op de beginselen van bescherming van veiligheid, welzijn en ontplooiingsmogelijkheden van de werknemer. Dergelijke beginselen zijn in ieder geval sinds 1919 erkend in het arbeidsrecht en hebben nadien een grondrechtelijke pendant gekregen in het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in bijvoorbeeld art. 8 EVRM. In hoofdstuk 14 wordt een standpunt ingenomen over de vraag, op welke wijze het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan of moet doorwerken in de arbeidsrelatie, in het bijzonder voor wat betreft arbeidstijden en verlof.

Geconstateerd is, dat de 'privétiseringsrevolutie' er toe heeft geleid, dat in de rechtspraak veel vaker aandacht wordt besteed aan de persoonlijke omstandigheden van werknemers die maken dat zij behoefte hebben aan bepaalde arbeidstijdpatronen, verlof of aanpassing van arbeidsduur. Deze ontwikkeling heeft er echter niet toe geleid, dat persoonlijke belangen sinds de jaren negentig veel zwaarder zijn gaan wegen als het gaat om conflicten over arbeidstijden en verlof, ook buiten de toepassing van het dwingende arbeidstijden- en verlofrecht om. De werknemer is in dezelfde periode juist vaker verplicht geworden om zich flexibel op te stellen als het gaat om de structurele of incidentele wijziging van arbeidstijdpatronen, ook als over die arbeidstijdpatronen afspraken waren gemaakt. De rechter weegt in dergelijk gevallen de persoonlijke belangen van de werknemer bij de door hem gewenste arbeidstijdpatronen af tegen de bedrijfsbelangen van de werkgever, en 'bemoeit' zich daarmee als het ware met het privéleven van de werknemer, door bijvoorbeeld die privékeuzes niet zwaarwichtig genoeg te achten of alternatieven voor te stellen. Deze bemoeienis zou kunnen worden benoemd als een ongerechtvaardigde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Betoogd is onder andere, dat de rechter ter invulling van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als het gaat om arbeidstijden- en verlof, hogere eisen zou kunnen stellen aan het gewicht van de bedrijfsbelangen van de werkgever bij bijvoorbeeld flexibilisering van arbeidstijdpatronen. De toepassing van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer door de rechter ter bescherming van de werknemer in conflicten over arbeidstijdpatronen en verlof, kan echter geen volwaardig alternatief zijn voor dwingendrechtelijke bescherming door de wetgever. De rechter kan immers slechts op incidentele wijze de uitkomsten van het economisch verkeer corrigeren op grond van humanitaire waarden. Een structurele bescherming kan alleen geboden worden door de wetgever.

SUMMARY

Work and privacy. The struggle for time in employment law

Since the nineties of the last century, an increase can be observed in the Dutch legislation giving employees the opportunity to gear their working hours occasionally, temporarily or systematically to private matters such as care duties. Examples of such legislation are the right to a reduction or increase in working hours, the right to take parental leave, the right to save days' holiday and to take them at a time of their own choosing, and the employer's obligation to take account of employees' personal circumstances in setting patterns of working hours. The introduction of this legislation was viewed by some as a radical new development, also called a 'privatisation revolution'.

In this study, the question is posed of the extent to which such increased responsibility of employers for private circumstances of employees is exceptional from a historical or systematic point of view. In so far as this is the case, I examine what justification has been given or could be put forward for this increased responsibility. The question has also been posed of the extent to which said legislation has led or could lead to an even broader responsibility of employers for the private circumstances of their employees or increased involvement of employers in those private circumstances, in the light of the basic right to privacy.

In order to deal with this issue, I first determined what the term private actually means, for example where private life or private circumstances are concerned (Chapter 1). In common parlance, the term private life or private circumstance primarily has a meaning that refers to 'factual' concepts, such as a certain location, certain activities or certain types of relationships. In that sense, private circumstances are those having to do with one's home, satisfaction of needs or affective obligations. This separates private life from other situations, such as the work situation, which is typified by an office or factory, earning income and business relationships. Besides this descriptive definition of the term private life, however, in common parlance this term regularly has a normative load. On the one hand, the normative load says something about a right of defence against interference by third parties. One can use the word private to indicate that another person may not interfere with something. In addition, one can use the word to indicate that a person must bear his/her own risk for certain circumstances. Lastly, the terms personal circumstance and private circumstance can mean 'characteristic of a person's special situation', which definition can be intended as descriptive as well as normative. The

descriptive meaning can coincide with such normative meanings, but this is not necessarily the case.

Defining care duties as private circumstances fits in well with the descriptive definition of the term privacy. Care duties have to do with the home, satisfaction of needs and affective relationships. At the same time, this definition can also have a normative load, because it suggests that others may not interfere with care duties, but also may not be burdened with them. In this study, the normative meaning, which is sometimes automatically linked to the definition of such circumstances as private circumstances, is brought up for discussion. Different answers are, after all, conceivable to the question of when someone may become involved where care duties are concerned, and when one must bear the risks entailed by care duties on one's own. I have explained how the law and case law deal with this from a historical and from a systematic point of view.

In Part II (Chapters 2 to 6) I explain the historical development of the distribution of risks. I posit that a development had taken place of increased segregation of paid work outside the home and unpaid work at home. This development was accompanied by an increased segregation between men's work and women's work. This segregation, inspired by economic, technological and cultural developments, was a breeding ground for the notion of the existence of boundaries between the work sphere and the private sphere. Since the end of the nineteenth century, employers have also been occupied with marking off the boundaries between the work sphere and the private sphere. Initially this mainly concerned protecting employees against maximisation of working hours by way of laws such as the Factories Act (*Arbeidswet*) 1889 and the Factories Act 1919. So there has been mandatory legislation on working hours since the end of the nineteenth century. Since 1919, the justification of this legislation has gone beyond the mere protection of safety and health. This legislation was also expressly for the purpose of giving employees the opportunity to relax and spend time with their families. This idea was expanded after the Second World War, for example by the right to a free Saturday and the introduction of a statutory right to holiday.

The start of the privatisation revolution is nevertheless set at the end of the 20th century and not at the end of the 19th century. The reason for this is presumably that the working hours legislation from the start of the twentieth century until the eighties was mostly a matter of collective regulation, at industrial sector or company level. The provisions of the Factories Act were roughly the same for all employees or specific segments of them. Within the boundaries, employers had a lot of control. They could in principle count on employees being able to use their full working power for their employer, also outside the usual working hours, for example by working overtime. The 'usual' situation was in short that employees were fully available for work within the rigid, collective boundaries of the Factories Act. Protection of 'ordinary' employees in legislation that was practically the same for all employees was experienced as so self-evident at the end of the twentieth century that it was no longer experienced as protection of private time or private affairs.

Exceptions were made for only a small number of special circumstances, such as brief illness, disasters and some activities in the 'public sphere' such as voting and national defence. The exceptions having to do with care duties were very limited. There was a ban on work in connection with pregnancy and giving birth and a right to full leave when one's wife gave birth and for breastfeeding. Most of the rights to leave were of directory law, or could be evaded if desired by terminating one's employment contract. Such termination was very customary until the beginning of the seventies for women who were getting married or had become pregnant. The societal fact that most men were fully available for work and most married woman were fully available for unpaid care duties is sometimes called the breadwinner system. The legislation was adjusted to this system to a certain extent. The breadwinner system was expressed in the laws on working hours and dismissal, but also in wage formation, social security law, tax law and indirectly in the treatment of maids. According to this system, care duties were private, in the sense that employers were hardly ever burdened by the circumstance that employees had to perform care duties in addition to their work.

The increase in protection of women with care duties from the nineties can be experienced as remarkable in this light because, compared to 'ordinary' employees, these employees received special, individualised protection consisting of, briefly stated, rights to adjust their individual working hours to care duties. The development of this special protection was started under the influence of the legislature's wish to have more women perform paid work under the same conditions as men. This wish was inspired by both the economic need for more workers and the idealistic wish to improve the position of women. The development of the right to equal treatment of men and women took place from the seventies. By the beginning of the nineties, virtually all statutory provisions in which women were prejudiced with respect to men had been revoked. But little was regulated as yet to adjust working hours and leave rights to the fact that women with care duties were unable to satisfy the presumption existing until that time that an 'ordinary' employee was fully available for work, within collectively set limits. More and more women, however, were participating in paid work. From the eighties, the breadwinner system was gradually replaced, also from society's point of view, by the one-and-a-half earner system in which the man of a household worked fulltime and the woman part-time. But a person who works part-time can also have a need during that period to gear working hours to care duties or to childcare.

From the nineties, the Dutch legislature took initiatives to support employees with care duties, inspired to do so by international treaties, particularly ILO Convention 156 'concerning Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers: Workers with Family Responsibilities'. The statutory provisions that served to support employees with care duties are also referred to collectively in this study as 'responsive working hours and right to leave', because they facilitate employees' requests for adjustment of their working hours to leisure time. The legislation concerned is in line with the one-and-a-half earner system which had already grown in practice, in the sense that the combination of paid work and care was

facilitated mainly for women with a partner who has an adequate income, so they can systematically work less without drastically decreasing their standard of living. The increase in the provision of childcare was not dealt with until much later.

In the system of responsive working hours and rights to leave, among other things, employees were given a right to parental leave, increase in maternity leave, adoption leave, short-term care leave, long-term care leave, adjustment of working hours and adjustment of working hours to personal circumstances. There was also an increase in control over saving and taking holiday. Most rights to leave were linked to special protection against dismissal. Income protection during the leave or adjustment of working hours remained limited. Only the right to payment during adoption leave and the right to continued payment of 70% of the salary during short-term care leave were added to the rights to income protection already existing in 1990.

Unlike in respect of the working hours of 'ordinary' employees who were available fulltime, this legislation was not preceded by a great increase in such provisions in collective bargaining agreements (CAOs). It is also remarkable that the Dutch legislature was usually ahead of the EU legislature. Directives under which protection of employees with care duties was provided were enacted relatively late and often provided less protection than the Dutch law. Courts do not require the Dutch legislature to provide such protection either. The European Court of Justice, for example, provided hardly any special protection of employees with care duties in interpreting the right to equal treatment of men and women. Except for the prohibition of discrimination on the basis of pregnancy and giving birth, the European Court of Justice allows employees with care duties to be treated *pro rata* their availability, and because they are less available, according to the Court, they may also be treated *pro rata* less favourably. In Dutch case law as well, hardly any obligation of employers could be found to adjust working hours to the needs of employees with care duties. Viewed in this way, the Dutch legislator had a pioneering role in protecting women with care duties. The Dutch courts followed the legislature in that regard by loyally applying and interpreting the relevant legislation.

Through the increase in paid work performed by women, employers were increasingly faced with reliance on the special protection of employees in relation to working hours and leave. The extent to which this protection affected the burden on employers for personal circumstances until that time can be termed drastic in this respect. But this observation can be viewed in perspective by referring to a development in legislation and case law in the same period, in which the burdens of employers in that respect were actually lightened. The rigid standards of public working hours legislation came under increasingly more pressure in the mid-eighties. Employers needed more flexible rules. The Factories Act 1919 was replaced by the Working Hours Act (*Arbeidstijdenwet*) 1996, which was subsequently amended several times. The Working Hours Act offered employers increasingly more possibilities to gear working hour patterns to the situation in the company and to anticipate changing circumstances more quickly in the sector or business. More and

more flexibility was therefore expected of the 'ordinary' employees, for example with respect to varying patterns of working hours and working overtime occasionally or systematically.

The same obligation to take a flexible attitude towards patterns of working hours can be found in case law. The interest in protecting time for private affairs, besides its application in mandatory law, is not very important in case law. From the mid-nineties, for example, employees have been increasingly expected to agree to changes to agreements on patterns of working hours. An assignment to work overtime cannot usually be refused, even though the employee has good reasons for doing so. If the legislature has conferred discretion on the courts to weigh the interests in all reasonableness of a certain spread of working hours across the week, for example by adjusting the working time, the employee usually gets the short end of the stick.

Since the nineties, an odd paradox has occurred between the two tendencies described in legislation and case law. On the one hand, employees know they are protected by the *prima facie* far-reaching legislature in adjusting their working hours temporarily or systematically to their individual needs. On the other, more flexibility is expected of employees in relation to patterns of working hours and overtime, and legislation facilitates flexible employment relationships in which individualised working hours and rights to leave have much less meaning. Both trends have been considered revolutionary in the literature. Flexibilisation in favour of employees was revolutionary because employers were never before required to allow adjustment of working hours to the individual needs of employees on a potentially large scale. That was an unprecedented breach of the principle of free organisation of the business. Flexibilisation in favour of employers was also revolutionary, because since the beginning of the last century there has been no question of phasing out the level of protection of employment legislation. By way of this two-track policy, the legislature perpetuates the division of roles between men and women in a certain sense. 'Ordinary' employees (men without care duties) are expected to be available as far as possible, whereas mainly the 'special' employees (women with care duties) are supported in limiting their availability.

But not all employees with care duties are supported in their needs to adjust working hour patterns to care duties. This holds much less for flexible employment relationships. The flexibilisation trend is not only visible in the working hours laws and regulations, but also in the facilitation of flexible employment relationships. Since the eighties, flexible employment relationships, such as stand-by work, zero hours contracts, homework and deployability, have been a domain to which many women with care duties resort, out of necessity or because this better enabled them to combine work and care. Employers also had a need for flexible employment relationships, based on the aforementioned wish to gear the reservoir of workers to the sometimes quickly changing business requirements. The number of such employment relationships increased in the eighties and nineties, which created a need for regulation of their sometimes unclear legal status, as well as to improve the

marginal position of the employees concerned. In the context of such regulation, although the legislature wanted to offer employees more certainty, it also intentionally left room for employers' needs for flexibility. The Flexibility and Security Act (*Wet flexibiliteit en zekerheid*) of 1998 therefore provided legal clarification of the rights of flexible employees, but did not make a clear improvement in their legal status. The increased possibility to offer employees various consecutive contracts for a fixed term has helped to see to it that an estimated one fourth of Dutch employees no longer have contracts for an indefinite time. For these employees, reliance on responsive working hour and leave legislation against the will of their employers is much less within their reach from a practical point of view, because this could jeopardise continuation of their chain of contracts.

In a different way, however, the facilitation of flexible employment relationships is in keeping with the one-and-a-half earner model. To enable businesses to respond quickly to changing market conditions by engaging or shedding flexible employees, there must be a reservoir of workers for whom that type of work is attractive for whatever reason. This can be the case, for example if there are (many) households that primarily rely on one stable income which they supplement with a variable income as it suits them. The legislature nevertheless views the fact that many Dutch women work part-time as a problem, and measures are taken to encourage them to work more. The relatively generous subsidies for childcare expenses since 2007 can be considered part of that policy. Government funding of such facilities had been rejected for a long time, based on the idea that it was employees' own (private) responsibility. It is now at long last viewed as a shared social responsibility.

In principle, briefly summarised, the legislature's intervention to protect employees' time for private matters is not new in employment law. From a historical point of view, the intervention from the beginning of the nineties could nevertheless be called remarkable because of the individualised nature of the protection. That is why this part of the current working hours and leave law is said to have made employers responsible for matters which are 'actually' private. One of the meanings of the word 'private' is 'at one's own risk', as was evident from Chapter 1. According to that meaning, considering certain matters private and others not is the same as distributing the risks. The central question in Part II (Chapters 7 to 11) is the extent to which the 'distribution of risks' for employees' private circumstances in responsive working hours and leave law differs from the customary distribution of risks in employment law. I have studied how employers' interests are usually weighed against personal interests in employment law. Protection of employees against the powerful position of employers is, after all, viewed by many as the main characteristic of this area of law. How special is responsive working hours and leave law then in comparison with this?

In order to have a reference point for the question of how the weighing of the employers' interests and personal interests expressed in employment law can be classified, I first made a comparison with the distribution of risks which occurs in broad lines in ordinary contract law. I concluded from this that there is a certain amount of room in general contract law for the principle that one must take account

of the other party's legitimate interests, which could include personal interests in the form of care duties. As soon as a contract is concluded, however, this room is limited to a large extent by the obligation to perform the contract. The contract stipulates primarily which risks must be borne oneself (are 'personal') and which risks are to be born wholly or partially by the other party. The party who is unable to comply with his/her obligations because of care duties can rely successfully on force majeure only if the personal circumstances were not his/her fault or cannot be attributed to him/her. In that case, the employee does not have to comply or pay compensation, but he/she will not be entitled to consideration from the other party, and the other party may terminate the contract.

In determining what the contract entails, a judge may have a certain amount of discretion by interpreting or adding to the contract. This gives the judge a possibility to take account of implicitly stipulated (personal) circumstances, foreseen or not, such as having to perform care duties. For commercial parties, the judge must stay as close as possible to the wording in the contract. A contrario, for other parties there is more room to take account of a change to their personal circumstances in interpreting the contract. In that case, the judge will have to give reasons for why this was included in the contract from the very beginning. If this is not possible, as an alternative possibility to take account of personal circumstances, the judge may at the request of the party concerned declare the contract partially inapplicable or even change it, or require the other party to renegotiate certain terms of the contract because of the other party's changed circumstances. In principle, these possibilities can only be used with great restraint. The fact that the circumstances were foreseeable or that they were caused by the contracting party him/herself usually prevents successful reliance on these exceptions. Termination of a continuing performance contract, for example owing to personal circumstances, will usually be possible even if a contractual possibility for termination is lacking. The terminating party can, however, be required to pay a fee and/or observe a notice period, for example because the personal interests of the other party so require.

If the main aspects of this distribution of risks are compared to responsive working hours and leave rules, one notices that the latter, mostly mandatory law, entitles employees to adjust their working hours to their personal circumstances, even if these circumstances were foreseeable or even caused by the employee. In some cases, an employee does not even have to make it plausible that those circumstances prevent him/her from working, in other words there does not always have to be force majeure. An employer cannot usually succeed in terminating a contract because of an employee's changed circumstances or the consequences thereof. In some cases an employer cannot even suspend its own performance, i.e. payment of the wage, even if the employee does not work. In that sense, responsive working hours and leave law can be characterised outright as a 'break' with the system of ordinary contract law. That fact will not be very surprising. The amount of mandatory law is, after all, precisely characteristic of employment law, and the protection of weak parties such as employees has traditionally been an important objective of mandatory law.

As said, according to many, employment law is characterised by the fact that an employer must take account of the legitimate interests of an employee. This fact is often called inequality compensation or employee protection. The question is the extent to which the legislature or courts systematically deviate from the neutral system of contract law in favour of the employee.

That deviation has not been implemented to such an extent that the value of agreements in employment law can constantly be played down. In employment law as well, the rule applies in principle that the parties are bound by agreements made. Courts sometimes depart from this principle, for example by nullifying stipulations or agreements. Further study of that case law shows that in the majority of cases, this concerns playing down stipulations by which important elements of mandatory dismissal protection could be circumvented. By doing so, the court demonstrates its loyalty to mandatory dismissal law, without one being able to say that the court itself has autonomously weighed the employer's interest in the dismissal and the employee's interest in keeping his/her job. Outside dismissal law, it happens less often that the court does not hold employees to agreements. Employees are, for instance, usually bound by incorporation clauses or change clauses, even if such a clause was clearly not made to their advantage and is unfavourable to them in a given case. Nor is the doctrine of abuse of circumstances used in employment law to compensate structural inequality of economic power. The courts do deviate on an important point from the principle of the binding force of the contract, in favour of an employee with a long-term disability who offers to perform work other than that stipulated. If this offer is not accepted, the employee may be entitled to continued payment of salary.

The courts have also deviated on an important point from the principle of the binding force of the contract in favour of the employer. This is the case if the employer makes a reasonable proposal to amend the contract in connection with changed circumstances at work. In such a case, the employee must consult about this in all reasonableness and accept this proposal, unless he/she cannot reasonably be required to do so. An employee who does not comply with this obligation may lose his/her right to pay and his/her protection from dismissal. This rule has given employers an instrument to structure their employment organisation flexibly. In employment law, therefore, protection of employees proves not to be the only value which is sometimes more important than the principle of the binding force of the contract. The value attached to free organisation of the business by the employer is at times also more important than the principle of the binding force of the contract.

The value of free organisation of the business is expressed in several doctrines in employment law. An example is the way in which the courts review the employer's right to exercise authority. The boundaries of authority are set by law, the contract and the lawfulness and reasonableness of the exercise of authority. The law contains many mandatory provisions relating to safety and health, resumption of work by partially disabled employees and working hours. This means that the employer can be said to have a relatively large duty of care in the aforementioned areas. The

limitations on disciplining behaviour in order to protect interests such as autonomy, privacy of information and free expression are much less regulated by the legislature. The courts therefore often have to resolve conflicts about this. The courts can review the lawfulness and reasonableness of the exercise of authority within the limits of the law. The Netherlands Supreme Court (Hoge Raad) appears to set relatively broad limits on such authority. Lawful exercise of authority does not presumably stop at the boundary of workplace and working hours. The employer's interest in limiting employees' freedom in their leisure time, for example, does not have to be very serious. It is rather quickly assumed as well that the employer's exercise of authority is reasonable. Although the standards of good employment practices must be fully reviewed when the reasonableness of rules and regulations is reviewed, account has to be taken in doing so of the employer's policy freedom. So only a serious personal interest of the employee can justify refusal of a reasonable instruction. The employer must, however, adhere to rules of due care, such as listening to the employee's objections.

The reverse side of the employer's extensive control is an extensive liability for injuries that occur in the company sphere. The distribution of risks arising in performing the work in Art. 7:658 paragraph 2 of the Netherlands Civil Code (CC) places the risk almost entirely with the employer. The increased protection of employees can be concluded mainly from the fact that employees themselves are seldom liable wholly or partially for loss due to faulty performance of the contract. Moreover, the courts have increased the protection against the financial consequences of work-related accidents on the basis of good employment practices in situations in which the employer's control is lacking or the case otherwise does not fall within the scope of application of Art. 7:658 CC.

The reverse side of the employer's extensive control could also be the obligation to continue paying salary even if the employee does not work, for reasons that lie more in the employer's sphere of risks. Application of the so-called risk rules of Art. 7:628 CC instead of reference points in general contract law is relatively favourable to the employee in many cases. A condition for a right to salary is generally that there is a cause for not working which can be attributed to the employer. But, relatively speaking, not all too high requirements are set on such attribution. The most favourable application of the rule is the case of the sick employee who offers to perform suitable work. Application of the risk rules instead of the reference points in general contract law, however, does not always work to the employee's advantage. Sometimes the consideration of fairness turns out in favour of the employer, such as in the case of employees willing to work during an organised strike, and the aforementioned case of not accepting an offer to perform suitable work.

In summary, the distribution of risks between employers' interests and personal interests means that the interest of the employer in the free structuring of his organisation is a serious interest which usually outweighs personal interests of the employee. An employee can, however, sometimes claim financial compensation for the resulting breach of his/her interests (personal or not). This can clearly be found

in dismissal law. Although dismissal law undeniably provides important procedural guarantees of a careful dismissal, the main rule applies in dismissal practice that an employer usually succeeds in having the employment contract terminated for whatever reason. At the same time, it is required in many cases to give the employee financial compensation. Such compensation can be assessed for example on the basis of personal circumstances or characteristics of the employee, which are sometimes standardised. Particularly the practice of lower courts with respect to employers' requests to set aside employment contracts can be viewed as an expression of the courts' conviction that the employer is entitled to the freedom to run his business with employees of his own choice, but that the resulting breach of the personal interests of redundant employees must be financially compensated.

If one compares this distribution of risks between employers' interests and personal interests in employment law with the representation of the essence of employment law in employment law literature, it is striking that much emphasis is placed especially on the protective function of employment law and much less on the function of protecting entrepreneurial freedom. Employers' broad entrepreneurial freedom is usually considered implicitly or explicitly as beyond the law or as a natural situation, but not often as a value expressed in employment law itself. The idea that the free organisation of businesses is or should be expressed in employment law is nevertheless found in so-called institutional and paternalistic views of employment law.

Recognition of the fact that the value of the free organisation of businesses is very important in some areas of employment law can partly explain why responsive working hours and the right to leave were experienced as a revolutionary break with the system applicable up to that time. Protection under employment law very often concerns the protection of personal interests, and the protection of time for private affairs was the oldest form of protection under employment law. Until then, however, in that system such protection was collective and relatively rigid. An employer's freedom to organise the company as he saw fit was maintained to a high degree. But now employers are required to adjust the organisation in particular cases to individual needs and characteristics of employees. This can indeed be called a revolutionary break with existing law, which was preceded in case law only by the obligation to accept the offer of a long-term disabled employee to perform suitable work.

In Part III (Chapters 13 and 14), several questions are brought up for discussion of this fact. In Chapter 13, I deliberate on the question of what justification can be given for this revolutionary intervention. Such justification did not at any rate lie in the need to introduce precisely those regulations based on international obligations, although in some cases such regulations were already in preparation at international level as well. The legislature frequently referred to international developments, but also gave substantive reasons why proposals for responsive working hours and leave legislation were being made, and why in that form. According to the General

Instructions for Regulations (*Algemene Aanwijzingen voor de Regelgeving*) the legislature must pay attention to the legitimacy of the purpose of the legislation, the suitability of and need for the means and its proportionality. In this case, stated briefly, the legislature's purpose was to combat scarcity on the labour market and to enhance the economic independence of women, partly in the interest of those women themselves. The legislature has often thoroughly explained this purpose and the suitability of and need for the means. The question whether this means could constitute a disproportional breach of employers' interests has been discussed much less thoroughly. This can be explained by the presumption that from a macroeconomic point of view, the measures would prove to be to the employers' advantage as well, at any rate in the long term.

The question of justification of the fact that precisely now employers are charged with facilitating the combination of work and care for employees has not yet been satisfactorily answered. This question arises when the 'legal ground' of this legislation is sought. An answer to the question of what legal ground was the basis for this legislation can be given by stating what principle or value allowed a break with the system applicable until then. According to the then applicable system, the principle of the binding force of the contract and the principle of free organisation of business prevailed, at any rate where the determination of working hour patterns within the collective boundaries of mandatory law was concerned. What principle allowed this to be breached in favour of the value of the free organisation of employees' private lives? The legislature sought this principle mainly in the fundamental right to equal treatment of men and women. Reliance on this fundamental right to protect employees with care duties was logical, but has some disadvantages concerning its persuasive power. It is a relatively new and therefore perhaps less respectable principle for some. Moreover, the right to equal treatment of men and women provides protection to employees with care duties only to the extent that women indeed assume care duties more often than men. This could change in the course of time. From a substantive viewpoint, the right to equal treatment is actually undefined, which is evident for example from the fact that, according to the Court of Justice, this fundamental right does not entail special protection of employees with care duties, whereas according to the legislature and some international conventions this is indeed the case. The indeterminate nature of this fundamental right also leaves room for policy in which women are encouraged to participate as far as possible in economic life, on the basis of equality with men. This could ultimately deprive them of the option not to meet the prototype of an employee without obligations outside his/her job.

It has been argued that to justify responsive working hours and leave legislation, instead of that, the principles of protection of safety, wellbeing and possibilities for development of employees could have been invoked. Such principles have at any rate been recognised in employment law since 1919 and have subsequently acquired a fundamental counterpart in the right to protection of privacy in for example Art. 8 of the ECHR. In Chapter 14 a position is taken on the question of how the fundamental right to protection of personal life can or must have effect in the

employment relationship, especially concerning working hours and leave. I have ascertained that the 'privatisation revolution' has not led to much more weight being given to personal interests since the nineties where conflicts are concerned about working hours and leave, also without the application of mandatory law on working hours and leave. In the same period, employees have been required precisely more often to take a flexible attitude when it comes to systematic or occasional changes to working hour patterns, even if agreements had been made on those working hour patterns. In such cases, the courts weigh the personal interests of an employee in the working hour patterns he/she desires against the employer's business interests, and by doing so 'interfere' as it were in the employee's private life, for example by not considering those private choices important enough or by proposing alternatives. This interference could be termed an unjustified breach of the employee's privacy. It has been argued, among other things, that in order to give shape to the right to protection of privacy where working hours and leave are concerned, the courts could set higher requirements on the importance of the employer's business interests in, for example flexibilisation of working hour patterns. Application by the courts of the right to protection of privacy to protect the employee in conflicts about working hour patterns and leave cannot, however, be a full alternative to protection by the legislature under mandatory law. The courts can, after all, only occasionally correct the outcomes of economic life on the basis of humanitarian values. Only the legislature can provide systematic protection.

LITERATUURLIJST

Van Aalst 2004

W.H. van Aalst, 'Het studiekostenbeding nogmaals bestudeerd', *ArbeidsRecht* 2004, 1, p. 18-22.

Abas 1989

P. Abas, *Rebus sic stantibus*, Deventer: Kluwer 1989.

Abas 2000

P. Abas, 'Over de verhouding tussen art. 6:248 en art. 6:258 BW', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2000, 6397, p. 249-251.

Adema en Wüst 1991

M. Adema en H. Wüst, 'Ouderschapsverlof, over de beperkingen van het gebruikelijke arbeidsrecht', *Nemesis* 1991, 1, p. 10-14.

Ahrendt 1998

H. Ahrendt, *The human condition*, University of Chicago Press, 1998 (eerste druk 1958).

Akkermans e.a. 2005

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax en L.F.M. Verhey, *Grondrechten: grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005.

Albers e.a. 1983

O. Albers e.a., *Deeltijdarbeid*, Deventer: Kluwer 1983.

Alt 2009

H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Alt 2010

H.J.W. Alt, 'De wettelijke vermoedens van 7:610a en 7:610b tien jaar later', *Tijdschrift voor de Arbeidsrecht Praktijk* 2010, Special 3, p. 17-21.

Arai 1998

Y. Arai, 'The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 1998, 1, p. 41-61.

Van Arkel en Smits 2001

E.G. van Arkel en T.M.J. Smits, 'De Waa: evaluatie na een jaar rechtspraak', *Sociaal Recht* 2001, 11, p. 295-302.

Van Arkel en Smits 2003

E.G. van Arkel en T.M.J. Smits, 'De Waa: een tweede evaluatie aan de hand van rechtspraak', *Sociaal Recht* 2003, 18, p. 148-161.

Asscher-Vonk 1981

I.P. Asscher-Vonk, 'Nachtarbeid voor vrouwen', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1981, p. 772-782.

Asscher-Vonk 1993

I.P. Asscher-Vonk, 'Een volwaardige rechtspositie voor deeltijdwerkers', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1993, p. 454-495.

Asscher-Vonk 1997

I.P. Asscher-Vonk, 'Het verbod van onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur in artikel 7:648 BW', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1997, p. 387-400.

Asscher-Vonk 1998

I.P. Asscher-Vonk, 'Eén sociaal recht, vele uitkomsten' (oratie Nijmegen 1995), in: F.M. Noordam (red.), *Sociaalrechtelijke oraties 1977-1997*, Deventer: Kluwer 1998, p. 486-501.

Asscher-Vonk 2000

I.P. Asscher-Vonk, 'Draagt de werkgever verantwoordelijkheid in verband met zorgtaken van de werknemer?', in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21^e eeuw (liber amicorum voor prof. Mr. F. Koning)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Asscher-Vonk 2001a

I.P. Asscher-Vonk, 'Het kostwinnersbeginsel 1970-1990', in: A.Ph.C.M. Jaspers (red.), *De gemeenschap is aansprakelijk... Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2001, p. 207-223.

Asscher-Vonk 2001b

I.P. Asscher-Vonk, 'De sociaal (verzekerings) rechtelijke positie van de verlofganger en de loopbaanonderbreker: puzzels en gaten', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2001, 7/8, p. 376-382.

Asscher-Vonk 2009

I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?* (afscheidsrede Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

Asscher-Vonk 2010

I.P. Asscher-Vonk, *Rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie. Over de betekenis van maatschappelijk verantwoord ondernemen voor de arbeidsrelatie*, Nijmegen: Valkhof Pers 2009.

Asscher-Vonk e.a. 2007

I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 2007.

Asscher-Vonk en Bouwens 2006

I.P. Asscher-Vonk en W.H.A.C.M. Bouwens, 'Naar een dienstbare sociale zekerheid?', in: *Sociale zekerheid voor het oog van de meester*, Deventer: Kluwer 2006, p. 87-97.

Asscher-Vonk en Bouwens 2009

I.P. Asscher-Vonk en W.H.A.C.M. Bouwens, *H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009 (20^e herziene druk).

Asscher-Vonk en Hendriks 2005

I.P. Asscher-Vonk en A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005.

Asscher-Vonk en Van den Heuvel 1973

I.P. Asscher-Vonk en L.H. Van den Heuvel, o.l.v. G. Hekkelman, *Rapport vrouw en sociale verzekering*, Amsterdam 1973.

Asscher-Vonk en Wentholt 1994

I.P. Asscher-Vonk en K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer: Kluwer 1994.

Asser/Hartkamp en Sieburgh 2008 (6-I*)

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Hartkamp en Sieburgh 2009 (6-II*)

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*)

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V*)

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel 7 – Bijzondere overeenkomsten, Arbeids-overeenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Hijma 2007 (5-I)

J. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vijfde deel – Bijzondere overeenkomsten, Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007.

Bakels 1965

H.L. Bakels, *Macht en onmacht in het privaatrecht*, inaugurele rede Groningen, Deventer: Kluwer 1965.

Bakels 1977

H.L. Bakels, 'De leiding van de onderneming en de belangen van de werknemers', in: H.L. Bakels e.a. (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer: Kluwer 1977, p. 411-424.

Bakels 1987

H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1987.

Bakels 1994

H.L. Bakels, 'Werknemers, ouderen en senioren. Verouderen in het arbeidsrecht', in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), *Sociaal recht: de grenzen verkend*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Bakels, Asscher-Vonk en Bouwens 2009

I.P. Asscher-Vonk en W.H.A.C.M. Bouwens, *H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Bakker en De Groot 2009

P.S. Bakker en J.W. de Groot, 'Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken', *WPNR* 2 mei 2009/6797, p. 369-377.

Baris en Verhulp 2006

A. Baris en E. Verhulp, 'Scholing en ontslag: flexibiliteit en werkzekerheid', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2006, 2, p. 46-56.

Barnard 1998

C. Barnard, 'The principle of equality in the community context: P, Grant, Kalanke and Marschall: four uneasy bedfellows?', *Cambridge Law Journal* 57(2), juli 1998, p. 352-373.

Barnard 2006

C. Barnard, *EC Employment law*, Oxford University Press 2006.

Barnard en Hepple 2000

C. Barnard en B. Hepple, 'Substantive equality', *Cambridge Law Journal* 59(3), november 2000, p. 562-585.

Beck 2007

G. Beck, 'The state of EC-anti-discrimination law and the judgment in Cadman, or how the legal can become political', *European law review* 2007, 32(4), p. 549-562.

Becker 2000

U. Becker, 'Welfare state development and employment in the Netherlands in comparative perspective', *Journal of European Social Policy* 2000, nr. 10, p. 219-239.

Beckers 1983

T. Beckers, *Planning voor vrijheid, een historisch-sociologische studie van de overheids-interventie in recreatie en vrije tijd* (diss. Landbouwhogeschool Wageningen), Wageningen 1983.

Beckers 1991

T. Beckers, 'De spanning tussen collectieve programmering en individuele variatie; een eigentijds probleem', in: T. Beckers e.a. (red.), *De strijd om tijd. Tijdsordening, politiek en burgerschap*, Tilburg University Press 1991, p. 1-6.

Van Beek 2004

W.H.N.C. van Beek, 'Bedrijfseconomisch ontslag via de kantonrechter', *ArbeidsRecht* 2004, 8/9, p. 30-35.

Beeksma e.a. 2007

M. Beeksma, A.N. van den Ameele en A.J. Machiels-van Es, *(Faciliteiten) Arbeid en Zorg 2007. Een onderzoek naar cao-afspraken met betrekking tot arbeid-en-zorg-faciliteiten in cao's*, Den Haag: Ministerie van SZW oktober 2007.

Beeksma en Junger-van Hoorn 2010

M. Beeksma en L. Junger-van Hoorn, *Faciliteiten Arbeid en Zorg 2009. Een onderzoek naar cao-afspraken met betrekking tot arbeid-en-zorg-faciliteiten*, Den Haag: Ministerie van SZW februari 2010.

Beenhakker 1969

H.F. Beenhakker, 'De Arbeidswet 1919, haar grondslag, inhoud en betekenis', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1969, p. 643-662.

Beltzer 1999

R.M. Beltzer, 'Insolvente ondernemingen en werknemers in transitie', in: P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar en S.C.J.M. Wilthagen (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 81-108.

Beltzer 2004a

R.M. Beltzer, *Rechtspraak ontslag op staande voet*, Deventer: Kluwer 2004.

Beltzer 2004b

R.M. Beltzer, 'De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248', *Arbeid Integraal* 2004, 2, p. 31-36.

Beltzer 2008

R.M. Beltzer, 'Wijzigen van arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad. De kluwen (deels) ontward', *Tijdschrift voor de Arbeidsrecht Praktijk* 2008/1, met reacties en naschrift in *Tijdschrift voor de Arbeidsrecht Praktijk* 2008/2.

Van den Berg 2010

L. van den Berg, *Tussen feit en fictie* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Von Bergh e.a. 2009

M. von Bergh, M. Siesling en A. van Rijs, *Ontslagzaken via de kantonrechter*, Tilburg: IVA september 2009.

Bergwerf e.a. 2009

V.G.G. Bergwerf, W.F. van Dijk en A.R. Houweling, 'Tien jaar Wet Flexibiliteit en zekerheid: reden voor een feestje? Een analyse van tien jaar flexrechtspraak', *Tijdschrift voor de Arbeidsrecht Praktijk* 2009, Special 3, p. 4-16.

Betten e.a. 1997

L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor M.G. Rood*, Deventer: Kluwer 1997.

Van Beukering-Rosmuller 2006

E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'Imprévision en zelfregulering. Het belang van zelfregulering met betrekking tot onvoorziene omstandigheden in zakelijke contractuele (duur)relaties, de juridische inkadering en nadere vormgeving daarvan', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2006, 10, p. 40-53.

De Beus en De Rooy 1996

J. de Beus en P. de Rooy, *De ideologische driehoek: Nederlandse politiek in historisch perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1996.

Beveridge 2007

F. Beveridge, 'Building against the past: the impact of mainstreaming on EU gender law and policy', *European law review* 2007, 32(2), p. 193-212.

Bijleveld en Cremers 2010

L. Bijleveld en E. Cremers, *Een baan als alle andere?! De rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel*, Leiden: Vereniging voor Vrouw en Recht Clara Wichmann 2010.

Bles

A.E. Bles, *De wet op de Arbeidsovereenkomst*, verschenen in 4 delen, Den Haag: Belinfante 1907-1909.

Blok 2002

P.H. Blok, *Het recht op privacy* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

De Bock 2007

E.S. de Bock, 'Wet vereenvoudiging arbeidstijdenwet', *ArbeidsRecht* 2007, 19, p. 3-6.

Boekholt en De Booy 1987

P.Th.F.M. Boekholt en E.P. de Booy, *Geschiedenis van de school in Nederland*, Assen: Van Gorcum 1987.

Boelhouwer 1997

F. Boelhouwer, 'Werkgever, werknemer en vrije tijd', in: L. Betten e.a. (red.), *Onge-lijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor M.G. Rood*, Deventer: Kluwer 1997, p. 353-360.

Bollen 2004

C. Bollen, 'Onjuiste mededelingen en de samenloop tussen dwaling en wanprestatie: de ene mededeling is de andere niet!', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2004, 9, p. 414-427.

Bolweg e.a. 1986

J.F. Bolweg e.a., *Arbeid op maat. Een rapport over een onderzoek naar flexibele arbeidsrelaties*, Den Haag: Ministerie van SZW december 1986.

Boonstra 1996

K. Boonstra, *The ILO and the Netherlands*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1996.

Boonstra 2004

K. Boonstra, 'Bijzondere diensten en de Europese definitie van arbeidstijd', *Arbeids-rechtelijke Annotaties* 2004, 1, p. 95-110.

Boonstra 2006a

K. Boonstra, 'De rechtspositie van prostituees: recht hebben of krijgen?', in: E. Lutjens (red.), *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht, Liber Amicorum voor L.H. van den Heuvel*, Amsterdam: VU 2006, p. 149-164.

Boonstra 2006b

K. Boonstra, 'Levelling-up of levelling-down? Naar een waarde(n)loze Arbeidstijden-wet', in: S. Klosse (red.), *Arbeid en gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming. Had Geers het geweten!*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2006, p. 71-80.

Boot 2005

G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Bosch e.a. 1989

L.H.M. Bosch, G.Th. Elsendoorn en A.F.M. Nijsen, 'Stimulering van deeltijdarbeid', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 1989, 2, p. 80-89.

Bosse 2000

C. Bosse, 'Richtlijn inzake bewijs van discriminatie', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2000, p. 64-68.

Bouwens 2008

W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Bouwens en Duk 2008

W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008 (22^e druk).

Bouwens en Roozendaal 2010

W.H.A.C.M. Bouwens en W.L. Roozendaal, 'De toegezegde ontslagvergoeding en de kredietcrisis', *ArbeidsRecht* 2010/3.

Brahn en Reehuis 1993

O.K. Brahn en W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Gouda: Quint 1993.

Van Brekel en Tijdens 1999

C. van Brekel en K. Tijdens, 'Knelpunten in de kinderopvang', *Nemesis* 1999, 2, p. 61-66.

Brinkgreve 2008

C. Brinkgreve, 'Modern ouderschap', in: W. Koops e.a. (red.), *Opvoeding als spiegel van de beschaving. Een moderne antropologie van de opvoeding*, Amsterdam: SWP 2008, p. 126-136.

Van den Broek 2002

T.H. van den Broek, 'Een kwestie van uitleg', *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2002, 6493, p. 430-435.

Brugmans 1978

I.J. Brugmans, *De arbeidende klasse in Nederland in de 19^e eeuw* (diss. Utrecht 1925), Utrecht/Antwerpen 1978 (tiende druk).

Bruyn-Hundt 1982

M. Bruyn-Hundt, *Deeltijdwerk*, Deventer: Van Loghum Slaterus 1982.

Bruyn-Hundt 1989

M. Bruyn-Hundt, 'Flexibele arbeidsovereenkomsten: een structureel gegeven', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1989, 1, p. 36-47.

Buijs 2010

D.J. Buijs, 'Kennelijk onredelijk ontslag vanuit historisch perspectief verklaard', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010/2, p. 25-69.

Bungener 2006

A.F. Bungener, 'De precontractuele fase in het individuele arbeidsrecht', *Sociaal Recht* 2006, 11, p. 58-66.

Bungener 2008

A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief* (diss. Amsterdam Uva), Deventer: Kluwer 2008.

Burger 1998

P.H. Burger, *Harmonie of conflict. De verenigbaarheid van communautaire regelgeving betreffende de arbeidsduur met internationale sociale (grond)rechtverdragen*, Leiden: Stichting NJCM Boekerij 1998.

Burri 2000

S. Burri, *Tijd delen. Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000.

Burri en Prechal 2009

S. Burri en S. Prechal, *The Transposition of Recast Directive 2006/54/EC, European network of legal experts in the field of gender equality*, European Commission 2009.

Canes 1908

S.G. Canes, *Critische systematische commentaar op de Wet op het arbeidscontract*, Groningen: Noordhoff 1908.

Canovan 1974

M. Canovan, *The political thought of Hannah Arendt*, Norwich: Fletcher & Son 1974.

Caracciolo 2001

E. Caracciolo, 'The family-friendly workplace: the EC position', *International Journal of Comparative Labour Law* 2001, 17, p. 325-344.

Castermans 2000

A.G. Castermans, 'De schriftelijke arbeidsovereenkomst', *Contracteren* nr. 3, 2000, p. 83-88.

Charbon 1999

P.A. Charbon, 'Surfen en e-mailen in de tijd van de baas: wat mag de werkgever (niet) doen?', *ArbeidsRecht* 1999, 11, p. 11-15.

Commissie van advies voor de arbeid van vrouwen en meisjes 1963

Commissie van advies voor de arbeid van vrouwen en meisjes, *Advies inzake het tekort aan vrouwelijke arbeidskrachten*, Den Haag 1963.

Cornelissens 1972

J.A.M. Cornelissens, 'Heeft de samenwerking tussen werkgevers en werknemers op institutionele basis nog perspectief?', in: P.M.J.M. Steenkamp en G.M.J. Veldkamp (red.), *Sociale politiek, opnieuw bedacht. Opstellen aangeboden aan F.J.H.M. van der Ven*, Deventer: Kluwer 1972, p. 52-74.

Costello en Davies 2006

C. Costello en G. Davies, 'The case law of the court of justice in the field of sex equality since 2000', *Common Market Law Review* 2006, 43, p. 1567-1616.

Cremers 2010

R. Cremers, 'Een vergoeding bij opzegging van een arbeidsovereenkomst?', *Nederlands Juristenblad* 2010, 31, p. 60-65.

Cremers-Hartman 2008

E. Cremers-Hartman, 'Huishoudelijk personeel mogelijk van uitsluiting bevrijd door Europese Commissie', *Nederlands Juristenblad* 2008, 12, p. 696-697.

Damsma 1988

D. Damsma, 'Van hoeksteen tot fundament. Het gezin in Nederland 1850-1960', in: H. Peeters, L. Dresen-Coenders en T. Brandenbarg (red.), *Vijf eeuwen gezinsleven. Liefde, huwelijk en opvoeding in Nederland*, Nijmegen: SUN 1988, p. 209-247.

Damsma 1993

D. Damsma, *Het Hollandse huisgezin (1560-heden)*, Antwerpen/Utrecht: Kosmos/Z&K Uitgevers 1993.

Dekker 1999

P. Dekker (red.), *Vrijwilligerswerk vergeleken: Nederland in internationaal en historisch perspectief*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau/Elsevier 1999.

Dekker 2010

F.M. Dekker, 'Ontslagrecht in het Koninkrijk der Nederlanden (1)', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010/2.

Delsen 1989

L. Delsen, 'Deeltijdarbeid en vakbondspolitiek', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1989, p. 226-239.

Dercksen en Verplanke 2005

A. Dercksen en L. Verplanke, *Geschiedenis van de onmaatschappelijkheidsbestrijding in Nederland 1914-1970*, Amsterdam/Meppel: Boom Juridische uitgevers 2005 (vijfde druk).

Van Dijk 2007

A.J. van Dijk, 'Bijzondere beloningsvormen, doorbetalen bij ziekte of niet?', *Arbeidsrecht* 2007, 4, p. 70-11.

Van Dijk e.a. 2006

P. van Dijk e.a., *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006.

Dijsselbloem 1938

W.J.J. Dijsselbloem, *De gezinstoeslag en zijn toepassing in Nederland*, Brussel/Antwerpen/Leuven/Gent: Standaardboekhandel 1938.

Dingemans en Van der Kind 2001

C.E. Dingemans en O. van der Kind, 'Ongelijkheidscompensatie en onduidelijke bedingen', *ArbeidsRecht* 2001, 1, p. 21-29.

Dommering 1982

E.J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht*, Monografieën NBW, Deventer: Kluwer 1982.

Dorssemont 2005

F. Dorssemont, 'Interne flexibilisering, een variatie op het thema van de institutionele leer?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2005, 3, p. 117-126.

Dresen-Coenders 1988

L. Dresen-Coenders, 'De machtsbalans tussen man en vrouw in het vroeg-moderne gezin', in: H. Peeters, L. Dresen-Coenders en T. Brandenburg (red.), *Vijf eeuwen gezinsleven. Liefde, huwelijk en opvoeding in Nederland*, Nijmegen: SUN 1988, p. 57-98.

Driouichi 2004

F. Driouichi, *Inkomensbescherming bij zorgverantwoordelijkheid* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Van Drongelen 1983

J. van Drongelen, 'De verplichting tot het verrichten van overwerk', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1983, 2, p. 78-83.

Van Drongelen 1986

J. van Drongelen, 'Variabele werktijdregeling, van experiment naar een algemene vergunning', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1986, p. 297-306.

Van Drongelen 1987

J. van Drongelen, 'Nevenarbeid of wel de grenzen ten aanzien van de wijze waarop de arbeider zijn vrije tijd naar eigen goeddunken kan indelen en besteden', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1987, 1, p. 34-38.

Van Drongelen 1990

J. van Drongelen, *De ontwikkeling van de arbeidsinspectie in een veranderende wetgeving* (diss. Maastricht), Maastricht 1990.

Van Drongelen en Korver 2007

J. van Drongelen en D.J.J. Korver, 'Het Jaeger-arrest en de aanpassing van de EG-Richtlijn organisatie van de arbeidstijd', *Arbeid Integraal* 2007, 1, p. 77-91.

Drucker 1887

H.L. Drucker, 'Eenige opmerkingen naar aanleiding der jongste literatuur over het arbeidscontract', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, 69.

Van Dunné 2004

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht I*, Deventer: Kluwer 2004 (vijfde druk).

Duk 1984

R.A.A. Duk, 'Over de goede werkgever en het recht op feitelijke tewerkstelling; een voorbeeld van rechtsvinding in het arbeidsrecht', in: *Recht op Scherp* (W. Duk-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 495-506.

Duk 1986

R.A.A. Duk, 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht: 40 jaar in vogelvlucht', in: G.M.J. Veltkamp (red.), *Sociaal-rechtelijk en sociaal-politiek denken sedert de Tweede Wereldoorlog: veertig jaar Sociaal Maandblad Arbeid*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1986, p. 171-177.

Duk 2008

R.A.A. Duk, 'Kennelijk onredelijk: radeloos, redeloos en reddeloos?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2008, p. 207-209.

Duk 2009

R.A.A. Duk, 'Beleidsvrijheid van de werkgever en reorganisatieontslag van de werknemer', in: M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer 2009, p. 259-273.

Dusarduijn 2004

S.M.H. Dusarduijn, 'De Wet Kinderopvang, een kind van de rekening?' *Weekblad Fiscaal Recht* 2004, p. 1878-1885.

Van Eck 2000

M. van Eck, 'Verjarings- en vervaltermijnen in het arbeidsovereenkomstenrecht', *ArbeidsRecht* 2000, 4, p. 12 e.v.

Eldering 1975

H.B. Eldering, 'Het internationale zoeklicht gericht op het arbeidsmilieu', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1975, p. 663-675.

Elzinga en Prechal 1985

W. Elzinga en S. Prechal, 'Ouderschapsverlof: een zware bevalling', *Nemesis* 1985, 2, p. 53-60.

Esping-Andersen 1999

G. Esping-Andersen, *Social Foundations of Postindustrial Economies*, Oxford University Press 1999.

Esping-Andersen 2002

G. Esping-Andersen, *Why we need a New Welfare State?*, Oxford University Press 2002.

Van Esveld 1946

N.E.H. van Esveld, *De ontplooiing van het individu in het arbeidsrecht*, Amsterdam: N.V. Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij 1946.

Van Esveld 1971

N.E.H. van Esveld, 'Het gezagselement in de arbeidsovereenkomst', in: M.G. Levenbach e.a., *Aspecten van arbeidsrecht: jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom 1971, p. 153-181.

Van Esveld 1975

N.E.H. van Esveld, 'Vrijheid en dwang in het arbeidsrecht', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1975, p. 286-306.

Etzioni 1996

A. Etzioni, *The new golden rule*, New York: Basic Books 1996.

Fase 1980

W.J.P.M. Fase, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederlands, terugblik en perspectief* (diss. Tilburg), Alphen aan den Rijn: Samsom 1980.

Fase 1983

W.J.P.M. Fase, 'Arbeidsduurverkortung', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1983, 6, p. 340-345.

Fase 2001

W.J.P.M. Fase, 'De legitimering van het verplichtend karakter van de sociale verzekering', in: A.Ph.C.M. Jaspers (red.), *De gemeenschap is aansprakelijk... Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2001, p. 47-65.

Fenwick en Hervey 1995

H. Fenwick en T.K. Hervey, 'Sex equality in the single market: new directions for the European Court of Justice', *Common Market Law Review* 1995/32, p. 443-470.

Fluit 2001

P.S. Fluit, *Verzekeringen van solidariteit* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2001.

Fluit en Zondag 2000

P.S. Fluit en W.A. Zondag, 'De rechtspositie van de werknemer bij bezwaren tegen zondagsarbeid', Deel II, *Sociaal Maandblad Arbeid* 2000, 11/12, p. 501-511.

Foubert 2002

P. Foubert, 'Does EC pregnancy and maternity legislation create equal opportunities in the EC labor market? The European Court of Justice's interpretation of the EC Pregnancy Directive in Boyle and Lewen', *Michigan Journal of Gender and Law* 2002, p. 219-246.

Fredman 1992

S. Fredman, 'European Community Discrimination law: A critique', *Industrial Law Journal*, 1992/21, 2, p. 119-134.

Fredman 2005a

S. Fredman, 'Changing the norm: positive duties in equal treatment legislation', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 4, p. 369-398.

Fredman 2005b

S. Fredman, 'Providing equality: substantive equality and the positive duty to provide', *South African Journal on Human Rights*, 2005, p. 163-190.

Freeman en Mensch 1987

A. Freeman en E. Mensch, 'The public-private distinction in American law and life', *Buffalo Law Review* 1987, 36, p. 237-257.

Frenkel en Jacobs 1986

B.S. Frenkel en A.T.J.M. Jacobs, *Sociaal Bestuursrecht, deel I, Arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986.

Funke 1976

A.P. Funke, 'Verlof zonder behoud van loon ter actieve vervulling van passief kiesrecht', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1976, p. 664-671.

De Gaay Fortman 1936

W.F. de Gaay Fortman, *De onderneming in het arbeidsrecht*, Amsterdam 1936.

De Galan 1984

C. de Galan, 'Doelstellingen en consequenties van arbeidstijdverkorting', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1984, 1, p. 7 e.v.

Geers 1988

A.J.C.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1988.

Geers 1990

A.J.C.M. Geers, *De sociale kwestie; honderd jaar later*, Deventer: Kluwer 1990.

Geers en Heerma van Voss 1988

A.J.C.M. Geers en G.J.J. Heerma van Voss, 'Flexibilisering van werktijden en de buigzame zorg voor menswaardige arbeidsomstandigheden', *Sociaal recht* 1988, 7/8, p. 216-224.

Geers en Heerma van Voss 1996

A.J.C.M. Geers en G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidstijdenwet*, Deventer: Kluwer 1996.

Geesink 2002

A.G. Geesink, 'Kinderhotels, overblijfmoeders en buitenschoolse opvang. De fiscale faciliteiten voor kinderopvang', *Weekblad Fiscaal Recht* 2002, 6476, p. 531 e.v.

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Gerards 2006a

J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

Gerards 2006b

J.H. Gerards, 'Rechterlijke belangenafweging in het publiekrecht', *R.M. Themis* 2006, 4, p. 147-159.

Gerards 2009

J.H. Gerards, 'Concrete redelijkheidstoetsing en de rechtspraak van het EVRM', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 169-188.

Gerbrandy 1966

P.S. Gerbrandy, 'Eenige opmerkingen over de verhouding van handelsrecht en arbeidsrecht' (oratie Amsterdam VU 1930), in: *Van Sociale politiek naar sociaal recht, een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 88-108.

Gerlach en Verboom 2007

V.Gerlach en U.B. Verboom, 'Voorschriften over kleding en uiterlijk', *ArbeidsRecht* 2007, 8-9, p. 14-22.

Gerritsen 1996

A.M. Gerritsen, 'Groepskenmerken en leeftijdsgrenzen', in: C.J. Loonstra e.a. (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 133-140.

Giele 1887

J. Giele (inl.), *Een kwaad leven. Heruitgave van de 'Enquête betreffende werking en uitbreiding der wet van 19 september 1874 (Staatsblad No. 130) en naar den toestand van fabrieken en werkplaatsen'*, Sneek 1887.

Glebbeeck en Van der Lippe 2004

A. Glebbeek en T. van der Lippe, 'Tijdconcurrentie: een individueel of maatschappelijk probleem?', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2004-20, 1, p. 8-20.

Goedmakers 1998

A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad, Serie aansprakelijkheidsrecht deel 5*, Arnhem: Gouda Quint 1998.

Van der Goes en Ambachtsheer 1989

M.H.M. van der Goes en R.C. Ambachtsheer, 'Uitzendarbeid: van goed naar beter of van kwaad tot erger?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1989, p. 543-553.

Van Gorkum 1969

J.C. van Gorkum, 'Is de Nederlandse arbeidswetgeving na 50 jaar verouderd?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1969, p. 679-687.

Goudswaard en Caminada 2006

K. Goudswaard en K. Caminada, 'Het profijt van levensloop', *ESB* 17 november 2006, p. 598-600.

Grapperhaus 2002

F.B.J. Grapperhaus, 'Enige overpeinzingen bij het op maat gesneden concurrentiebeding', *ArbeidsRecht* 2002, 8-9.

Grapperhaus 2008

F.B.J. Grapperhaus, 'Wijziging van de arbeidsrelatie bij gewijzigde omstandigheden. De Taxi-Hofmanregel verduidelijkt in het Mammoet-arrest', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2008/1.

Van der Grinten 1966

W.C.L. van der Grinten, 'De goede werkgever en de goede arbeider', in: G.M.J. Veldkamp, *Hedendaags arbeidsrecht* (Levenbachbundel), Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 134-145.

Van der Grinten 1982

W.C.L. van der Grinten, 'Verleden, heden en toekomst van de wet op de arbeidsovereenkomst', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1982, p. 458-466.

Van der Grinten 1986

W.C.L. van der Grinten, 'Het Algemene privaatrecht van 1909 en dat van 1959 in zijn verhouding tot de wet op de arbeidsovereenkomst', in: G.M.J. Veldkamp e.a. (red.), *Sociaal-rechtelijk en sociaal-politiek denken sedert de Tweede Wereldoorlog*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom 1986.

Van der Grinten 1990

W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990.

Van der Grinten en Haakman 1952

W.C.L. van der Grinten en A.J. Haakman, *Buitengewoon Arbeidsrecht. Aantekeningen en verklaringen voor de praktijk*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1952.

Grünell 1998

M. Grünell, 'Werkgevers over arbeid en zorg in het toekomstig arbeidsbestel', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 1998, 14, p. 6-22.

Gundt 2009a

N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

Gundt 2009b

N. Gundt, 'Art. 7:613 BW als rechtsgrondslag voor wijziging van (kern) arbeidsvoorwaarden?', *Tijdschrift recht en arbeid* 2009/3.

Halman 2008

M.T. Halman, 'Ouderschapsverlof: een waardevol recht of fopspeen?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2008, 5, p. 241-247.

Hammerstein en Vranken 2003

A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten: een horizontale vergelijking*, Monografieën NBW, Deventer: Kluwer 2003.

't Hart 1977

P. 't Hart, *Het concurrentiebeding. Concurrentie door de werknemer en de ex-werknemer*, Deventer: Kluwer 1977.

Hartlief 1999

T. Hartlief, 'Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?', in: T. Hartlief e.a. (red.), *Contractvrijheid*, Meijers-reeks deel 12, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-254.

Hartlief 2007

T. Hartlief, 'Hoe soft is ons contractenrecht?', *Nederlands Juristenblad* 2007, 1724, p. 2067.

Hartlief e.a. 1999

T. Hartlief e.a. (red.), *Contractvrijheid*, Meijers-reeks deel 12, Deventer: Kluwer 1999.

Heerma van Voss 1992

G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1992.

Heerma van Voss 1996

G.J.J. Heerma van Voss, 'Van onmondige arbeider tot calculerende burger. Het mensbeeld in het arbeidsomstandighedenrecht 1946-1966', in: C.J. Loonstra e.a. (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 141-154.

Heerma van Voss 1999

G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Heerma van Voss 2006

G.J.J. Heerma van Voss, 'Stille revolutie in het arbeidsrecht', in: S. Klosse (red.), *Arbeid en gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming. Had Geers het geweten!*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2006, p. 81-88.

Heerma van Voss losbl.

G.J.J. Heerma van Voss, 'Commentaar', in: *Arbeidsovereenkomst*, Kluwer (digitaal losbl.).

Heerma van Voss en Van Slooten 2010

G.J.J. Heerma van Voss en J. van Slooten, 'Kroniek van het sociale recht', *Nederlands Juristenblad* 2010, 15, p. 951-957.

Heerma van Voss e.a. 2010

G.J.J. Heerma van Voss, J.J.M. de Laat, S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *TRA* 2010/47.

Van der Heijden 1984

P.F. van der Heijden, 'Algemene beginselen van behoorlijk ondernemerschap', *Nederlands Juristenblad* 1984, p. 1385-1390.

Van der Heijden 1992

P.F. van der Heijden, 'Overheidsdwang richting mannen', *Nederlands Juristenblad* 1992, 3, p. 1004-1005.

Van der Heijden 1999a

P.F. van der Heijden, 'Revolutie in het arbeidsrecht: privatisering', *ArbeidsRecht* 1999, 8/9, p. 1-6.

Van der Heijden 1999b

P. F. van der Heijden, 'De wederkerige arbeidsbetrekking', in: P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar en S.C.J.M. Wilthagen (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 53-54.

Van der Heijden en Noordam 2001

P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Preadviezen NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Heima 2009

M. Heima, 'Verlofstuwmeren van (arbeidsongeschikte) werknemers in aantocht?', *ArbeidsRecht* 2009, 6, p. 23-28.

Heinsius e.a. 2009

J. Heinsius, J.J.M. de Laat, F. Pennings, C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 'Reacties op het artikel 'Wijzigen van arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad. De kluwen (deels) ontward'', *Tijdschrift voor de Arbeidsrecht Praktijk* 2009/4.

Hekkelman 1967

G. Hekkelman, 'Tekorten van het arbeidsrecht' (oratie Amsterdam UvA 1967), in: H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer: Kluwer 1977, p. 77-102.

Henkes en Oosterhof 1985

B. Henkes en H. Oosterhof, *Kaatje, ben je boven? Leven en werken van Nederlandse dienstbodes 1900-1940*, Nijmegen: SUN 1985.

Hepple 2009

B. Hepple, 'Equality at work', in: B. Hepple en B. Veneziani (red.), *The transformation of labour law in Europe*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2009, p. ...

Hepple en Veneziani 2009

B. Hepple en B. Veneziani, 'Introduction', in B. Hepple en B. Veneziani (red.), *The transformation of labour law in Europe*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2009.

Heringa en Janssen 2004

A.W. Heringa en H.L. Janssen, 'Privé-leven en gezinsleven', *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Hermans en Houwerzijl 2009

K.H. Hermans en M.S. Houwerzijl, 'Verbeterde positie uitzendkracht en uitzend-arbeid', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 6/7, p. 27-29.

Hesselink e.a. 2003

M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Hessels 1973

A. Hessels, *Vakantie en vakantiebesteding sinds de eeuwwisseling*, Assen: Van Gorcum 1973.

Van Heusden 2006

R.L. van Heusden, *Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Heusden 2008

R.L. van Heusden, 'Vakantiedagen en 'anti-oppotregelingen'; een kwestie van uitleg(?)', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2008, 9, p. 361-371.

Van den Heuvel 1974

L.H. van den Heuvel, 'Enkele kanttekeningen bij wetsontwerp 12403 (het voorstel tot wijziging van het burgerlijk wetboek in verband met een ontslagverbod bij huwelijk, zwangerschap en bevalling)', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1974, p. 223-233.

Van den Heuvel 1983

L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983.

Van den Heuvel 1996

L.H. van den Heuvel, 'Ondergeschikt?', in: C.J. Loonstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 35-48.

Higgins 2000

T.E. Higgins, 'Reviving the public/private distinction in feminist theorizing', *Chicago-Kent Law Review* 1999-2000, p. 847-867.

Hoeksema en Van Drongelen 1988

H. Hoeksema en J. van Drongelen, 'Het advies van de Stichting van de Arbeid inzake een nieuwe wettelijke werk- en rusttijdenregeling', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1988, p. 18-31.

Hoffmans losbl.

J.G.F.M. Hoffmans, 'Arbeidsovereenkomst', in: *Wet aanpassing arbeidsduur*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Hofkes 1996

R.N.F. Hofkes, 'Terugvordering van loon (en overige betalingen)', *ArbeidsRecht* 1996/10.

Holtmaat 1984

R. Holtmaat, 'Minimuminkomensgaranties voor deeltijdwerkenden', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1984, p. 251-262.

Holtmaat 1986a

R. Holtmaat, 'Ouderschapsverlof een doodgeboren kind', *Nemesis* 1986, 5, p. 187-191.

Holtmaat 1986b

R. Holtmaat, 'Flexibilisering en de condities van vrouwenarbeid', *Sociaal Recht* 1986, 8, p. 235-240.

Holtmaat 1992

R. Holtmaat, *Met zorg een recht? Een analyse van het politiek-juridisch vertoog over bijstandsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Hondius 1999

E.H. Hondius, 'De zwakke partij in contractenrecht: over de verandering van paradigma's van het privaatrecht', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contract-vrijheid*, Meijer-reeks deel 12, Deventer: Kluwer 1999.

Van Hoof 1990

J.J.B.M. van Hoof, *De arbeidsmarkt als arena. Arbeidsmarktproblemen in sociologisch perspectief*, Amsterdam: SUA 1990 (vierde druk).

Hooghiemstra 1993

B.T.J. Hooghiemstra, 'Deeltijdarbeid in Nederland', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1993, 7/8, p. 444-453.

Hooghiemstra en Niphuis-Nell 1993

B.T.J. Hooghiemstra en M. Niphuis-Nell, *Sociale Atlas van de Vrouw, Deel II, Arbeid, inkomen, en faciliteiten om werken en zorg voor kinderen te combineren*, Rijswijk: SCP 1993.

De Hoon 2001

M.W. de Hoon, 'Opzegging in overleg', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 891-895.

Houweling en Van der Voet 2009

A.R. Houweling en G.W. van der Voet, 'Kennelijk onredelijk ontslag volgens het Hof 's-Gravenhage: hogere wiskunde of 'systematical madness'?', *Tijdschrift voor de Arbeidsrecht Praktijk* 2009, 1, p. 15-23.

Houwerzijl en Peters 2010

M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters, 'Inlenersaansprakelijkheid minimumloon: paardenmiddel, papieren tijger of ei van Columbus?', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010, 8/9, p. 5-13.

Houwing 2010

H. Houwing, 'De Nederlandse aanpak van 'flexicurity'? Onderhandelde ontwikkelingen in de vormgeving van tijdelijk werk', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010, 6/7.

Hufton 1992

O. Hufton, 'Vrouwen, werk en gezin', in: G. Duby en M. Perrot (red.), *Geschiedenis van de vrouw. Van de Renaissance tot de moderne tijd*, Amsterdam: Agon 1992, p. 13-40.

Huls 1997

N.J. Huls, 'De verburgerlijking van het sociaal recht', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor M.G. Rood*, Deventer: Kluwer 1997, p. 195-206.

Huls 1999

N.J.H. Huls, 'Sterke argumenten om zwakke contractpartijen te beschermen', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Meijers-reeks deel 12, Deventer: Kluwer 1999.

Humblet 1994

P. Humblet, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Deurne: Kluwer Rechtswetenschappen 1994.

Jacobs 1997a

A.T.J.M. Jacobs, 'Het typische van het arbeidsrecht', *Nederlands Juristenblad* 1997, 72, 43, p. 1972-1974.

Jacobs 1997b

A.T.J.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor M.G. Rood*, Deventer: Kluwer 1997, p. 67-80.

Jacobs 1998

A.T.J.M. Jacobs, 'De derde weg in het arbeidsrecht', *Nederlands Juristenblad* 1998, 73, p. 1981-1983.

Jacobs 2003

A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Jacobs 2006

A.T.J.M. Jacobs, 'Herijking van de positie van de Arbeidsinspectie', in: S. Klosse (red.), *Arbeid en gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming. Had Geers het geweten!*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2006, p. 119-130.

Jacobs en Roozendaal 2008

A. T.J.M. Jacobs en W.L. Roozendaal, 'De spanning van de contractsband in het arbeidsrecht', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2008/10.

Jacobs-de Klerk 2009

C.C.A.M. Jacobs-de Klerk, 'De arbeidsrechtelijke regels voor langdurig onbetaald verlof', in: M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer 2009, p. 237-258.

Jak en Vermont 2007

N. Jak en J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de margin of appreciation: de rol van de margin of appreciation in de interne horizontale relatie tussen de rechter, de wetgever en het bestuur', *NJCM-Bulletin* 2007, 2, p. 125-140.

Jans 2000

J.H. Jans, 'Evenredigheid revisited', *Sociaal Economisch Weekblad* 2000, 7/8, p. 270-282.

Jansen 2003a

C.H.J. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractvrijheid in de 19^e eeuw', in: M. W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomon (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 133-148.

Jansen 2003b

C.J.H. Jansen, *Rechtshistorische beschouwingen omtrent het moderne arbeidsovereenkomstenrecht* (oratie Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Jansen en Loonstra 1992

C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Kopstukken Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Jansen en Loonstra 1996

C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Inleiding', in: C.J. Loonstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996.

Jansen en Loonstra 1997

C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Sijthoff/Ouwerkerk: een opmerkelijke uitspraak van de Hoge Raad over opdracht, ontbinding en onvoorziene omstandigheden', *Nederlands Juristenblad* 1997, 24, p. 1074-1078.

Jansen en Loonstra 2001a

C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'De personele werkingssfeer van de socialeverzekeringswetten 1900-1960', in: A.Ph.C.M. Jaspers (red.), *De gemeenschap is aansprakelijk... Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2001, p. 89-103.

Jansen en Loonstra 2001b

C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Annotatie bij HR 28 april 2000, JAR 2000/120', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2001/1, p. 30-44.

Janssen 1969

F.J. Janssen, 'De Arbeidswet 1919 en haar uitvoering', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1969, p. 663-678.

Jaspers 1982

A.Ph.C.M. Jaspers, 'Betekenis en functie van de arbeidsovereenkomst in haar maatschappelijke context', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1982, p. 531-541.

Jaspers e.a. 1989

A.Ph.C.M. Jaspers e.a., 'Vaste en flexibele arbeidsrelaties in Nederland: het vóórkomen van en de tevredenheid over uiteenlopende contractsvormen', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1989, p. 8-23.

Jellinghaus 2003

S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Deventer: Kluwer 2003.

Jellinghaus 2004

S.F.H. Jellinghaus, 'Interne flexibiliteit, een juridische benadering', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2004, 3, p. 132-139.

Jellinghaus e.a. 2005

S.F.H. Jellinghaus e.a., 'Kanttekeningen bij het SER-advies Vereenvoudiging Arbeidstijdenwet', *Sociaal Recht* 2005, 12, p. 405-413.

Jongen en Kooiman 2004

E.L.W. Jongen en P. Kooiman, 'Voorgenomen levensloopregeling biedt weinig voordeel', *ESB* 2004, 4429, p. 129-131.

Van het Kaar losbl.

R.H. van het Kaar, 'Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag', in: *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Kamminga 2005

R. Kamminga, 'Van anciënniteit naar afspiegeling. Een historisch overzicht en actuele ontwikkelingen van het afspiegelingsbeginsel', *Arbeid Integraal* 2005/4, p. 61-73.

Karssen 1995

T.A. Karssen, 'Recht op deeltijdarbeid voor rijksambtenaren, (n)iets nieuws onder de zon?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1995, 2, p. 111-116.

Keirse 2009

A.L.M. Keirse, 'Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord', *Contracteren* 2009/4, p. 105-109.

Van Kempen en Ridderbroek 2006

M.W.A.M. van Kempen en L.R. Ridderbroek, 'Reflexwerking van opzegverboden in de ontbindingsprocedure', *ArbeidsRecht* 2006, 10, p. 3-9.

Keuzenkamp e.a. 2009

S. Keuzenkamp e.a. (red.), *Deeltijd (g)een probleem. Mogelijkheden om de arbeidsduur van vrouwen met een kleine deeltijdbaan te vergroten*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, oktober 2009.

Klein en Van Rossum 2004

P.E.M. Klein en M.M. van Rossum, 'Garanties in de bouw', *Bouwrecht* 2004, p. 104-116.

Knegt e.a. 2007

R. Knegt e.a., *Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid*, Amsterdam: HSI & TNO 2007.

Koevoets 2004

M.M. Koevoet, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004/3, p. 39-58.

Koevoets 2006

M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Konijn 1999

Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit. Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Konijn 2006

Y. Konijn, 'Levensloopregeling: leve de individuele verantwoordelijkheid?', in: S. Klosse (red.), *Arbeid en gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming. Had Geers het geweten!*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2006, p. 31-42.

Koopmans 1962

Th. Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1962.

Koopmans en Plantenga 2008

I. Koopmans en J. Plantenga, 'Modernisering van de sociale zekerheid: ouderschapsverlof tussen efficiëntie en rechtvaardigheid', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2008, 7/8, p. 293-302.

De Korte 1997

A.W. de Korte (red.), *Strijd om tijd. De organisatorische gevolgen van de 24-uurseconomie*, Den Haag: Delwel 1997.

Kortmann 2006

C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.

Kremer 1999

M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Kuyper 1914

A. Kuyper, *De eerepositie der vrouw*, Kampen (J.H. Kok) 1914.

Van de Lanotte 2005

J. van de Lanotte, *Handboek EVRM, deel 1, Algemene beginselen*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.

Van Leeuwen 2010

A. van Leeuwen, 'De BBA-procedure; de wet, het besluit en het beleid', *Tijdschrift voor de Arbeidsrecht Praktijk* 2010/2.

Leijnse 1985

F. Leijnse, *Bevordering van deeltijdarbeid: een verkenning van de mogelijkheden voor stimuleringsbeleid van de overheid*, Nijmegen: Instituut voor Toegepaste Sociologie 1985.

Lepage 2006

A. Lepage, 'La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail', *Droit Social* 2006, 4, p. 364-377.

Levenbach 1923

M.G. Levenbach, *De spanning van de kontraktsband* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: H.J. Paris 1923.

Levenbach 1926

M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht als deel van het recht*, Amsterdam: H.J. Paris 1926.

Levenbach 1954

M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954.

Levenbach 1955

M.G. Levenbach, *De Nederlandse loonpolitiek*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1955.

Levenbach 1958

M.G. Levenbach, *Mens en gemeenschap in het arbeidsrecht* (afscheidsrede Amsterdam Uva), 1958.

Levenbach 1966

M.G. Levenbach, *Veertig jaar arbeidsrecht, enkele persoonlijke overpeinzingen*, afscheidscollege, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966.

Lieon en Van Munster-Frederiks 2004

S. Lieon en M.Th. van Munster-Frederiks, *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, Den Haag: College bescherming persoonsgegevens mei 2004.

Van der Linden 1992

H.W.P.M. van der Linden, 'Recht op arbeid, plicht tot arbeid? Een grondrechtelijke benadering van het werkgelegenheidsbeleid van de overheid', *Sociaal Recht* 1992, 11, p. 300-308.

Lindenbergh 1999

S.D. Lindenbergh, 'Bescherming van de 'zwakkere': regel en uitzondering', in: T. Hartlief e.a. (red.), *Contractvrijheid*, Meijers-reeks deel 12, Deventer: Kluwer 1999, p. 405-411.

Lindenbergh 2004

S.D. Lindenbergh, 'Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2004, 6602, p. 977-986.

Loonbureau 1978

Loonbureau, *Kort verzuim: bepalingen inzake kort verzuim opgenomen in bedrijfstak c.a.o.'s met 5.000 en meer werknemers*, Den Haag, 1978.

Loonstra 1988

C.J. Loonstra, 'Naar een wetboek voor sociaal recht?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1988, p. 551-554.

Loonstra 1995

C.J. Loonstra, 'Partiële opzegging en partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst', *Nederlands Juristenblad* 1995, 6, p. 204-210.

Loonstra 2001a

C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen', *ArbeidsRecht* 2001, 8/9, p. 32-40.

Loonstra 2001b

C.J. Loonstra, 'Laat de praktijk het maar uitzoeken. Over de nieuwe vakantiewet', *Sociaal Recht*, 2001, 12, p. 323-324.

Loonstra 2005

C.J. Loonstra, 'De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW', *Sociaal Recht* 2005, 3, p. 96-102.

Loonstra e.a. 1996

K. Loonstra, H. Staal en W. Zeijlstra, 'Redactioneel', in: C.J. Loonstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. xi.

Loonstra e.a. 2007

C.J. Loonstra, M.E.S. Fiselier en B.R. Vink, 'Ontwikkelingen rechtspraak eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden', *Sociaal Recht* 2007, 2, p. 39-46.

Loonstra en Kruit 2008

C.J. Loonstra en P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2007: meer van hetzelfde?', *ArbeidsRecht* 2008, 5, p. 14-33.

Loonstra en Zondag 2000

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 'Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief', *Nederlands Juristenblad* 2000, 26, p. 1267-1277.

Loonstra en Zondag 2004

C.J. Loonstra, W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Loonstra en Zondag 2007

C.J. Loonstra en W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Van Luijn en Keuzenkamp 2004

H. van Luijn en S. Keuzenkamp, *Werkt verlof? Het gebruik van regelingen voor verlof en aanpassing van de arbeidsduur*, Den Haag: SCP, april 2004

Luttmer-Kat 1994

A. Luttmer-Kat, 'De goede werknemer: een achterhaald begrip of een dynamisch concept?', in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), *Sociaal Recht, de grenzen verkend*, Zwolle 1994, p. 317-330.

Van Luyn en Van Poelgeest 2006

B.P. van Luyn en J.M. van Poelgeest, 'Einde van de arbeidsovereenkomst wegens detentie', *ArbeidsRecht* 2006, 12, p. 28-34.

Mak 2008

C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008.

Mannoury 1972

J. Mannoury, 'Het moderne arbeidsrecht als instrument van behoud en verandering', in: A.G.G. de Groot e.a. (red.), *Recht als instrument van behoud en verandering. Opstellen aangeboden aan J.J.M. van der Ven*, Deventer: Kluwer 1972, p. 223-230.

Mannoury en Asscher-Vonk 1987

J. Mannoury en I.P. Asscher-Vonk, *Hoofdtrekken van de sociale verzekering*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink.

Manse 1999

N.M. Manse, 'Wettelijke stimulering van het opnemen van onbetaald verlof', *Arbeids-Recht* 1999, 1, p. 18 e.v.

Margadant 2006

M. Margadant, 'Spiegeltje, spiegeltje in de praktijk; een analyse van het nieuwe afspiegelingsbeginsel', *ArbeidsRecht* 2006, 11, p. 11-17.

Mathieu-Geniaut 2006

C. Mathieu-Geniaut, 'L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question', *Droit Social* 2006, 9/10, p. 848-856.

McGlynn 2000

C. McGlynn, 'Pregnancy, parenthood and the Court of Justice in Abdoulaye', *European Law Review* 2000, p. 654-662.

McGlynn 2001

C. McGlynn, 'Reclaiming a feminist vision: The reconciliation of paid work and family life in European Union law and policy', *Columbia Journal of European Law* 2001, p. 241-272.

Meijers 1905

E.M. Meijers, 'Het collectieve arbeidscontract en de algemeene rechtsbeginselen', *Themis* 1905, p. 397-400.

Meijers 1912

E.M. Meijers, *De Arbeidsovereenkomst*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1912 (tweede herziene druk).

Meijers 1924

E.M. Meijers, *De Arbeidsovereenkomst met aantekeningen*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1924 (derde druk).

Mevissen e.a. 2001

J.W.M. Mevissen e.a., *Arbeidstijden in overleg? Evaluatie van de Arbeidstijdenwet*, Den Haag: Ministerie van SZW 2001.

Millard 1995

E. Millard, 'Hauriou et la théorie de l'institution', *Droit et Société* 30-31/1995, p. 381-412.

Mok 1966

S. Mok, 'Vrijheid en gebondenheid in het arbeidsrecht, openbare les 1946', in: G.M.J. Veldkamp (red.), *Van sociale politiek naar sociaal recht. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1985*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 214-228.

Molenaar 1953

A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht, Eerste deel, Algemeen gedeelte*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.

Molenaar 1957

A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht, Tweede deel, Het geldende recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

Monster 1995

W.C. Monster, *Bescherming van het moederschap. Onderzoek naar de regelgeving inzake zwangerschap, bevalling en arbeid* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

Monster 1996

W.C. Monster, 'Zorgtaken en de Arbeidstijdenwet', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1996, 10, p. 594-607.

Monster en Timmers-de Vin 1989

W.C. Monster en M.P. Timmers-de Vin, *Positierecht. De rechtspositie van zwangere en pas bevallen werknemers*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

Moonen 2004

B.H.M. Moonen, 'Het arbeidsrechtelijke schisma: contract of institutie', *Arbeid Integraal* 2004, 1, p. 5-8.

Mulder 1985

Th. Mulder, *Kinderbijslag. Praktijkboeken sociale zekerheid*, Deventer: Kluwer 1985.

Nagelkerke 2004

A.G. Nagelkerke, 'De economisch onafhankelijke werknemer: een mythe?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2004, 4, p. 161-163.

Nevens 2010

K. Nevens, 'Home Work, Telework and the regulation of working time: a tale of (partially) similar regulatory needs, in spite of historically rooted conceptual divergence', *The international journal of comparative labour law and industrial relations* 2010, 2, 26, p. 193-216.

Van Nielen 2004

P.C. van Nielen, 'Werkstaking in de bouw', *Bouwrecht* 2004, 2, p. 126-139.

Niessen en Jongerius 2001

R. Niessen en A. Jongerius, 'Het Belastingplan 2001 is een positieve bijdrage geweest aan het emancipatieproces', *Weekblad Fiscaal Recht* 2001, 192.

Nieuwenhuis 2001

A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht. Een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1995

J.H. Nieuwenhuis, 'Vernietigen, ontbinden of aanpassen (I)', *WPNR* 1995/6164, p. 25 en deel II, *WPNR* 1995/6165, p. 37-41.

Nieuwenhuis 2009

J.H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme: een kleine catechismus van het contractenrecht', *Nederlands Juristen Blad* 2009, p. 2254.

Nonet en Selznick 1978

P. Nonet en P. Selznick, *Law and society in transaction. Towards responsive law*, New York: Harper & Row 1978.

Noordam 2002

F.M. Noordam, 'Van arbeider tot ingezetene – en daarna. De ontwikkeling van de personele werkingssfeer van de Nederlandse sociale verzekering', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2002, 2, p. 97-113.

Noordam 2007

F.M. Noordam, *Rechtsgrond en sociale zekerheid*, Deventer: Kluwer 2007.

Oberman 2005

C.C. Oberman, *Rechtspraak Ontbinding, Serie Actualiteiten Sociaal Recht*, Deventer: Kluwer 2005.

Oberman en Stam 2009

C.C. Oberman en S.M. Stam, 'Liefde in de werksfeer: waar ligt de grens?', *ArbeidsRecht* 2009/12, nr. 58.

OECD 1991

OECD, *Shaping structural change, the role of women*, 1991.

Olbers 1985

M.M. Olbers, 'Regelingen inzake vrijaf in wet en cao's', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1985 p. 9-26.

Olbers 1989

M.M. Olbers, 'Werkgevers wil is wet?' *Sociaal Recht* 1989, p. 160-165.

Olbers 1992

M.M. Olbers, 'Recht op een deeltijdbetrekking in verband met zorgtaken voor kinderen', *Sociaal Recht* 1992, 12, p. 332-336.

Olbers 1993

M.M. Olbers, 'Feestdagen of dagen?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1993, 12 p. 770-780.

Olbers 1994

M.M. Olbers, 'De voorstellen tot handhaving van de Arbeidstijdenwet', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1994, 10, p. 541-551.

Van Oorschot 2002

W. van Oorschot, 'Miracle or Nightmare? A critical review of Dutch activation policies and their outcomes', *Journal of Social Policy* 2002, 3, p. 399-420.

Oud en Bosmans 1990

P.J. Oud (bewerking: J. Bosmans), *Honderd jaren; een eeuw van staatkundige vormgeving in Nederland 1840-1940*, Assen/Maastricht: Van Gorcum 1990.

Parl. gesch. Boek 6

C.J. Van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Boek 5, Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Inv. Boek 6

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, verschillende banden*, 1990-1992.

Pasma 1998

E. Pasma, 'Overwerk', *ArbeidsRecht* 1998, 6/7, p. 14-18.

Passchier 1992

C.E. Passchier, 'Naar een nieuw 'worker profile', het kostwinnersmodel: achterhaalde oplossing voor een actueel probleem', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1992, 3, p. 119-125.

Van de Paverd 1999

C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Van Peijpe 1985

T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985.

Van Peijpe 1996

T. van Peijpe, 'Het nieuwe gezicht van de loonpolitiek', in: C.J. Loonstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996.

Van Peijpe 1997

T. van Peijpe, 'Ongelijkheidscompensatie in het ontslagrecht', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor M.G. Rood*, Deventer: Kluwer 1997, p. 369-380.

Van Peijpe 1999

T. van Peijpe, 'Contractvrijheid en werknemer', in: T. Hartlief e.a. (red.), *Contractvrijheid*, Meijer-reeks deel 12, Deventer: Kluwer 1999, p. 363-377.

Peletier 1999

M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 1999.

Pelzer en Pot 1992

A. Pelzer en L. Pot, 'Kinderopvang, vrouwenarbeid en verzorgingsargumenten: een organisatie van toevalligheden', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1992, 3, p. 140-153.

Perera 2006

C.M.L. Perera, 'Het anti-oppotbeding', *ArbeidsRecht* 2006, 4, p. 29-33.

Pessers 2003

D. Pessers, *Big Mother. Over de personalisering van de publieke sfeer* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Peters, De Jong en Sardjoe 2000

A. Peters, F. de Jong en U.H.I. Sardjoe, *Arbeid en zorg in cao's 1998*, Den Haag: Ministerie van SZW Arbeidsinspectie 2000.

Peters 2000

P. Peters, *The vulnerable hours of leisure. New patterns of work and free time in the Netherlands 1975-95*, Amsterdam: Thela Thesis 2000.

Peters 1998

S.S.M. Peters, 'Getalscriteria in de Wet op de Ondernemingsraden I', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1998, 10, p. 414-423.

Peters 2006a

S.S.M. Peters, *Verdund sociaal recht, onderscheid naar ondernemingsomvang bij medezeggenschap, ziekte en ontslag* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2006.

Peters 2006b

S.S.M. Peters, 'Arbeidsduur en aard van de overeenkomst', in: S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 93-110.

Peters 2008

S.S.M. Peters, 'Wet arbeid en zorg', in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008 (losbl.).

Peters en Franssen 2010

S.S.M. Peters en E.J.A. Franssen, 'Vakantierechten van zieke werknemers na Schultzhoff: wie betaalt de Europese rekening?', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010, 3, p. 5-12.

Piso 1998

I.Y. Piso, *De rechter klem tussen discriminatie en rechtvaardiging. Jurisprudentie over gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

Plantenga 1993

J. Plantenga, *Een afwijkend patroon: honderd jaar vrouwenarbeid in Nederland en (West-)Duitsland*, (diss. Groningen), Amsterdam: SUA 1993.

Plantenga 2000

J. Plantenga, 'De voor- en nadelen van een winst- en verliesrekening', *Nemesis* 2000, nr. 6, p. 177-181.

Poelstra 1996

J. Poelstra, *Luiden van een andere beweging, huishoudelijke arbeid in Nederland 1840-1920* (diss. Amsterdam UVA), Amsterdam: Het Spinhuis 1996.

Pool 2006

A.H. Pool, 'De werkgever als particulier rechercheur. Wat mag?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2006/6, nr. 6, p. 246-255.

Popma 2003

J.R. Popma, *Het Arbo-effect van medezeggenschap. Over de bijdrage van ondernemingsraden aan het arbeidsomstandighedenbeleid* (diss. Maastricht), Maastricht 2003.

Portegijs 2009

W. Portegijs, *Deeltijd in Nederland in hoofdlijnen*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, mei 2009.

Portegijs e.a. 2008

W. Portegijs, M. Cloin, S. Keuzenkamp, A. Merens en E. Steenvoorden, *Verdeelde tijd. Waarom vrouwen in deeltijd werken*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, november 2008.

Pott-Buter 2001

H.A. Pott-Buter, 'Veranderende ideeën over kinderbijslag', in: A.Ph.C.M. Jaspers (red.), *De gemeenschap is aansprakelijk... Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2001, p. 207-225.

Prechal 1985

S. Prechal, 'De ontwerp-richtlijn inzake het ouderschapsverlof en verlof om gezinsredenen', *Nemesis* 1985, 5, p. 250-252.

Pronk 2010

E.C.A. Pronk, 'Recht op variabele beloning gedurende het zwangerschaps- en bevallingsverlof?', *ArbeidsRecht* 2010, 3, p. 16-20.

Van der Putt-Lauwers 2000

A.E.M. van der Putt-Lauwers, 'Opzegging en annulering. Contracten zijn van tijdelijke makelij', in: J.M. Barendrecht e.a. (red.), *Beginselen van contractenrecht* (Nieskens-Isphording bundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 113-129.

Quist 2007

J.P. Quist, 'De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2007, 1, p. 4-46.

Van Rijswijk-Clerkx 1981

L.E. van Rijswijk-Clerkx, *Moeders, kinderen en kinderopvang*, Nijmegen: SUN 1981.

Ringeling 1953

J.H.A. Ringeling, *Rechtvaardig ontslag* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Jasonpers 1953.

Riphagen 1985

J. Riphagen, *Ontslag en het recht op Werkloosheidsuitkering* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1985.

Rogmans 2007

B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Monografieën NBW, Deventer: Kluwer 2007.

Rood 1981

M.G. Rood, 'Over vage normen in het sociaal recht', in: *Gratia Commercii* (Bundel Van Oven), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 225-253.

Rood 1982

M.G. Rood, 'Over de goede werkgever en de goede werknemer', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1982, p. 498-502.

Rood 1998

M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1998 (zevende druk).

Rood 2000

M.G. Rood, 'Over de arbeidsovereenkomst, toen nu en straks', in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21^e eeuw*, *Liber Amicorum* voor F. Koning, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 130 e.v.

De Rooy 1979

P. de Rooy, *Werklozenzorg en werkloosheidsbestrijding 1918-1940*, Amsterdam 1979.

Roozendaal 2002

W.L. Roozendaal, 'Arbeidsrechtelijke aspecten van de Wet verbetering poortwachter', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2002, p. 308.

Roozendaal 2004

W.L. Roozendaal, 'Vereenzelviging, bindende partijbeslissing en eenzijdige wijziging in het arbeidsrecht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004, 2, p. 84-107.

Roozendaal 2005

W.L. Roozendaal, 'De zorgende werkgever', *Arbeid Integraal* 2005, 3, p. 23-36.

Roozendaal 2006

W.L. Roozendaal, 'De eisenrisicodrager een bestuursorgaan?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2006/6, p. 235-243.

Roozendaal 2007a

W.L. Roozendaal, 'The times they are a-changing. Wijziging van arbeidstijden en het belang van de werknemer', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2007, 2, p. 45-58.

Roozendaal 2007b

W.L. Roozendaal, 'Over productie en reproductie. De spanning tussen bedrijfsbelang en privébelang in het licht van het recht op privacy', *Sociaal Recht* 2007, 69, p. 327-333.

Roozendaal 2008a

W.L. Roozendaal, 'Het grondrecht op snuiven of de grenzen van de gezagsbevoegdheid', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2008/1, p. 43-76.

Roozendaal 2008b

W.L. Roozendaal, 'De keizer heeft geen kleren aan. Medische privacy in arbeidsrechtelijke procedures', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2008/3, p. 130-139.

Roozendaal 2009a

W.L. Roozendaal, 'Persoonlijke omstandigheden en ontslag', in: M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer 2009, p. 203-222.

Roozendaal 2009b

W.L. Roozendaal, 'Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2009/3, p. 22-41.

Roozendaal 2010

W.L. Roozendaal, 'Het gegeven woord bindt', commentaar bij Gerechtshof Arnhem 28 september 2010, LJN: BN8468, *AR-Commentaar* 2010/21.

Van Rossum 1998

M.M. van Rossum, *Misbruik van omstandigheden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Van Rossum en Schabos 2004

M.M. van Rossum en F. Schabos, 'Misbruik van omstandigheden: enige notities naar aanleiding van HR 9 januari 2004, NJ 2004, 141', *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2004, 6597, p. 881-887.

Royer 1972

S. Royer, 'Pacta sunt servanda en verandering van omstandigheden in het privaatrecht', *R.M. Themis* 1972, p. 519 e.v.

Rümke 1989

J. Rümke, 'Nachtarbeid en zwangerschap', *Nemesis* 1989, p. 147-148.

Rus 1948

P.C. Rus, 'Eenige opmerkingen over het Verbod om de werktijd op minder dan 48 uur per week te stellen, artikel 8 van het BBA 1945', *Sociaal Maandblad* 1948, p. 230-234.

Sagel 2009

S.F. Sagel, 'Obesitas: een nieuwe vette kluif voor het arbeidsrecht? (1)', *ArbeidsRecht* 2009/4, nr. 24.

Sagel 2010

S.F. Sagel, 'Obesitas: een nieuwe vette kluif voor het arbeidsrecht? (2)', *ArbeidsRecht* 2010/1, nr. 2.

Sagel en Verhulp 2005

S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?', in: S.F. Sagel en E. Verhulp (red.), *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 34, Deventer: Kluwer 2005, p. 83-118.

Saraceno 2000

C. Saraceno, 'Gendered policies: family obligations and social policies in Europe', in: Th.P. Boje en A. Leira (red.), *Gender, welfare State and the Market: towards a new division of labour*, London: Routledge, p. 135-156.

Schaeps e.a. 2003

M. Schaeps, J.J.H. Schrama en A. van den Ameele, *Wet Aanpassing Arbeidsduur. Een onderzoek naar in CAO's vastgelegde afspraken om de arbeidsduur te verminderen of te vermeerderen*, Den Haag: Ministerie van SZW september 2003.

Schelhaas 2008

H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2008, 4, p. 150-160.

Schenkeveld 2003

W. Schenkeveld, *Het kindernetje van Van Houten. Sociale wetgeving in de negentiende eeuw*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 2003.

Schokkenbroek 2000

J.G.C. Schokkenbroek, 'Methoden van interpretatie en toetsing: een overzicht van beginselen toegepast in de Straatsburgse jurisprudentie', *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2000.

Scholtens 2001

C.G. Scholtens, 'De gewichtige reden van art. 7:685 BW; bedoeling en werkelijkheid (1)', *ArbeidsRecht* 2001, 6/7, p. 3-11 en (2), *ArbeidsRecht* 2001, 8/9, p. 53-67.

Schwitters 1991

R.J.S. Schwitters, *De risico's van de arbeid. Het ontstaan van de Ongevallenwet 1901 in sociologisch perspectief* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff, 1991.

Sennet 2007

R. Sennett, *The Culture of the New Capitalism*, Yale University Press 2007.

SER 1958/02

SER Advies over arbeidstijdverkorting, 11 juli 1958, nr. 2.

SER 1966/15

SER Advies inzake de arbeid van vrouwen in Nederland in het kader van de situatie op de arbeidsmarkt en het te voeren arbeidsmarktbeleid, 16 december 1966, nr. 15.

SER 1971/07

SER Advies inzake een ontwerpbesluit tot opheffing van bijzondere arbeidsbescherming van vrouwen met gezinsverantwoordelijkheid, 1 maart 1971, nr. 7.

SER 1973/02

SER Advies inzake de inschakeling van de gehuwde vrouw in het arbeidsproces, 13 februari 1973, nr. 2.

SER 1975/01

SER Advies inzake variabele werktijden, 23 december 1975, nr. 1.

SER 1979/17

SER Advies inzake de verbetering van de arbeidsmarktpositie van vrouwen, 5 oktober 1979, nr. 17.

SER 1980/02

SER Advies arbeidsbescherming vrouwelijke werknemer, 18 januari 1980, nr. 2.

SER 1983/20

SER Advies inzake de combinatie van ouderschaps- en beroepstaken, 16 september 1983, nr. 20.

SER 1985/11

SER Advies inzake vrijwillige deeltijdarbeid, 31 mei 1985, nr. 11.

SER 1992/10

SER Advies inzake beleidsprogramma Emancipatie, 18 september 1992, nr. 10.

SER 1993/18

SER Advies inzake deeltijdarbeid, 17 december 1993, nr. 18.

SER 1997/04

SER Advies inzake wijziging van de vakantiewetgeving, 21 maart 1997, nr. 4.

SER 2002/14

SER Advies inzake zeggenschap werknemers over arbeidstijden (Wetsvoorstel ver-
ruiming zeggenschap werknemers over arbeidstijden), 18 oktober 2002, nr. 14.

SER 2005/03

SER Advies inzake Vereenvoudiging Arbeidstijdenwet, 18 februari 2005, nr. 3.

Sieburgh 2004

C. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht* (oratie
Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004.

Siermann 2010

A. Siermann, 'Aantal uitzendkrachten fors gedaald', *Sociaaleconomische trends*, 2e
kwartaal 2010, Den Haag: CBS 2010, p. 27-30.

Sinzheimer 1933

H. Sinzheimer, *Das Problem des Menschen im Recht*, Groningen: P. Noordhoff N.V.
1933.

Sinzheimer 1936

H. Sinzheimer, *De achtergrond van het arbeidsrecht* (oratie Leiden), Haarlem:
H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1936.

Slagter 2005

W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Slooten 1999

J. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam Uva), Deventer: Kluwer 1999.

Van Slooten 2008

J.M. van Slooten, '2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht. HR 11 juli
2008, JAR 2008/204; Stoof/Mammoet Transport B.V.', *Arbeidsrechtelijke Annotaties*
2008/3.

Van Slooten en Rayer 2007

J.M. van Slooten en C.W.G. Rayer, 'Gelijke behandeling en flexibilisering van loon- en
contractsvormen', *Sociaal Recht* 2007/11, p. 372-378.

Smit 1984

J. Smit, 'Het onbehagen van de vrouw', in: J. Smit, *Er is een land waar vrouwen willen
wonen. Teksten 1967-1981*, Amsterdam: Feministische Uitgeverij Sara 1984, p. 15-42.

Smits 2003

J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies Nederlandse
Vereniging voor rechtsvergelijking 2003.

Smits 2006

J.M. Smits, 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing', *R.M. Themis* 2006/4, p. 134-140.

Smits en Van de Ameele 2007

W. Smits en A. van de Ameele, *De Wet flexibiliteit en zekerheid, een onderzoek naar de ¾ bepaling in de cao's van 2006*, Den Haag: Ministerie van SZW 2007.

Smitskam 1989

C.J. Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, Sociaal en arbeidsrechtelijke reeks nr. 25, Deventer: Kluwer 1989.

Snijders 2002

W. Snijders, 'Titel 3.2 BW en de nulliteiten in het arbeidsrecht', *Sociaal Recht* 2002, 5, p. 137-147.

Soetendal 2008

E. Soetendal, *Kinderopvang, een gedeelde verantwoordelijkheid*, Deventer: Kluwer 2008.

Souren 2008

M. Souren, 'CBS-berichten: Meer flexwerkers, maar niet op alle fronten', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2008-24, 4, p. 460-464.

STAR Advies juli 1972

STAR Advies Variabele werktijden, 7 juli 1972.

STAR Advies april 1983

STAR Advies Variabele Werktijden, 8 april 1983.

STAR Advies mei 1985

STAR Advies Arbeidswet 1919 en nieuwe arbeidspatronen, 10 mei 1985.

STAR Advies augustus 1987

STAR Advies inzake een nieuwe wettelijke werk- en rusttijdenregeling, 7 augustus 1987.

STAR Advies 7/93

STAR Advies inzake overwegingen en aanbevelingen ter bevordering van deeltijd-arbeid en differentiatie in arbeidsduurpatronen, nr. 7/93, 1 september 1993.

STAR Advies 9/93

STAR Advies inzake een nieuwe Koers: agenda voor het cao-overleg in het perspectief van de middellange termijn, nr. 9/93, 16 december 1993.

STAR Advies 9/97

STAR Advies inzake de Evaluatie van de nota inzake deeltijdarbeid en differentiatie van arbeidsduurpatronen, nr. 9/97, 10 oktober 1997.

STAR Nota 1/05

STAR Nota op weg naar een meer productieve economie, nr. 1/05, 12 januari 2005.

STAR Advies 5/07

STAR Advies commentaar van de Stichting van de Arbeid op de adviesaanvraag 'Hoofdlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht', nr. 5/07, 30 augustus 2007.

Van Steenberghe 2006

R. van Steenberghe, 'Kledingvoorschriften en grondrechten', *Tijdschrift voor Sociaal Recht* 2006, 10, p. 41-57.

Stokvis 2007

P. Stokvis, 'Huisvrouwelijke arbeid, technologie en tijdsbesparing sinds het interbellum', in: P. Stokvis (red.), *Geschiedenis van het privéleven. Bronnen en benaderingen*, Amsterdam: SUN 2007, p. 125-144.

Stolp 1999

M.M. Stolp, 'Grenzen aan de uitoefening van bevoegdheden in de contractuele sfeer', in: T. Hartlief e.a. (red.), *Contractvrijheid*, Meijer-reeks deel 12, Deventer: Kluwer 1999, p. 502-503.

Stolp 2007

M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming. De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit* (diss. Nijmegen), Nijmegen 2007.

Strijbos 1985

J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1985.

Stuurman 1984

S. Stuurman, *Verzuiling, kapitalisme en patriarchaat*, Nijmegen: SUN 1984 (tweede druk).

Swelheim 1995

A.J. Swelheim, '(Over-)werkweigering en wettelijk voorschrift', *ArbeidsRecht* 1995, 4, p. 12-13.

Teunissen 2010

J.M.H.F. Teunissen, 'Vrijheid, gelijkheid en belastingen, Afschaffing overdraagbare heffingskorting kan toets aan mensenrechten niet doorstaan', *Weekblad Fiscaal Recht* 2010, 674, p. 674-684.

Thijssen 1990

W.P.M. Thijssen, 'Ouderschapsverlof, in het bijzonder met betrekking tot de pensioenopbouw', *Sociaal Recht* 1990, p. 45-52.

Tiddens en Van Rijen 1985

B. Tiddens en M. van Rijen, *Arbeidstijdverkorting: de invoering van de vrije zaterdag*, doktoraalskriptie politicologie augustus 1985.

Tijdens 1998

K. G. Tijdens, 'De balans van twee ronden arbeidsduurverkorting, 1982-85 en 1994-97', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 1998-14, 3, p. 212-225.

Tijdens 2002

K.G. Tijdens, 'Arbeidsduurverkorting en het Akkoord van Wassenaar, via deeltijd-arbeid en verlofsparen naar CAO à la carte', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2002-18, 4, p. 309-318.

Tijdens e.a. 1993

K. Tijdens, S. Lieon en J. Houweling, *Kinderopvang in Nederland, organisatie en financiering*, Utrecht: Uitgeverij Jan van Arkel 1993.

Timmerman 2008

L. Timmerman, 'Situationele gelijkheid in het privaatrecht', *Ondernemingsrecht Effectenrecht* 2008, 906, p. 336-341.

Tinga 1969

E. Tinga, 'De geschiedenis van de Arbeidswet (1874-1919)', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1969, p. 617-634.

Tjittes 2009

R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Van den Toren e.a. 2002

J.P. van den Toren, G.H.M. Evers en E.J. Commissaris, *Flexibiliteit en Zekerheid. Effecten en doeltreffendheid van de Wet flexibiliteit en zekerheid*, Utrecht: Berenschot/SZW februari 2002.

Trap 2007

J.J. Trap, 'De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?', *ArbeidsRecht* 2007, 4, p. 21-28.

Uhlenbroek 1994

H. Uhlenbroek, 'Recht op deeltijdarbeid', *ArbeidsRecht* 1994, 10, p. 6-9.

Ulrici 1994

M.V. Ulrici, 'De partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 1994, 4, p. 15-17.

Vas Nunes 2002

P.C. Vas Nunes, 'Gelijke beloning: een verkenning aan de hand van het Brunnhofer-arrest', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2002, 1, p. 47-74.

Vas Nunes 2010

P.C. Vas Nunes, 'Küçükdeveci: een wake-up call', *Tijdschrift voor de Arbeidsrecht Praktijk* 2010, 4, p. 147-151.

Veenstra 2009

H.M. Veenstra, 'Veranderingen in contractsuitleg in het Engelse recht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2009, 2, p. 52-64.

Vegter 2000

M.S.A. Vegter, 'Wijziging arbeidsduur en gelijke behandeling m/v: de stand van zaken', *ArbeidsRecht* 2000, 2, p. 30-34.

Van der Velde 2002

J. van der Velde, 'Positieve verplichtingen. Over het ontstaan en het karakter van positieve verplichtingen in de jurisprudentie', *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2002.

Van de Velde en Terhorst 2008

S. van de Velde en A.G.I. Terhorst, *De zieke werknemer en privacy*, College bescherming persoonsgegevens 2008 (tweede herziene druk).

Veldkamp 1953

G.M.J. Veldkamp, *Inleiding tot de sociale verzekering*, Amsterdam 1953.

Veldkamp 1966

G.M.J. Veldkamp, 'De dynamiek van het sociaal recht', in: G.M.J. Veldkamp, *Hedendaags arbeidsrecht* (Levenbachbundel), Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 9-10.

Veldkamp 1975

G.M.J. Veldkamp, 'Vrijheid en dwang in het arbeidsrecht', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1975, p. 307-315.

Veldman 2001

A. Veldman, 'De nieuwe arresten over voorkeursbeleid: Arbrahamsson en Schnorbus', *Nemesis* 2001, 4, p. 116-120.

Veldman 2003

A. Veldman, 'De WAA als instrument voor het combineren van arbeid en zorg. Een voortgangsrapportage op grond van jurisprudentieonderzoek', *Nemesis* 2003, 1, p. 28-32.

Veldman 2008

A.G. Veldman, 'Een nieuwe vrucht van sociale wetgeving?', *Sociaal Recht* 2008, 10, p. 305-306.

Van der Ven 1946

F.J.H.M. van der Ven, *Inleiding tot het arbeidsrecht*, Tilburg: Drukkerij Henri Bergmans 1946.

Van der Ven 1942

F.J.H.M. van der Ven, 'Arbeid en Recht, openbare les 1942', in: G.M.J. Veldkamp (red.), *Van Sociale politiek naar sociaal recht. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 187-200.

Van der Ven 1971

F.J.H.M. van der Ven, 'Evolutie in de loondienstverhouding', in: M.G. Levenbach e.a., *Aspecten van arbeidsrecht: jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom 1971, p. 249-262.

Van der Ven 1972

F.J.H.M. van der Ven, 'Het arbeidscontract van de werknemer in de onderneming', in: A.G.G. de Groot e.a. (red.), *Recht als instrument van behoud en verandering. Opstellen aangeboden aan J.J.M. van der Ven*, Deventer: Kluwer 1972, p. 255-264.

Veneziani 2009

B. Veneziani, 'The employment relationship', in: B. Hepple en B. Veneziani (red.), *The transformation of labour law in Europe*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2009, p. 99-128.

Verburg 2007

L.G. Verburg, *Het territoir van de Nederlandse ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (diss. Amsterdam Uva), Deventer: Kluwer 2007.

Verdaas 2002

A.J. Verdaas, 'De opzegbaarheid van duurovereenkomsten: een pleidooi voor contractvrijheid (I)', *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2002, 6501, p. 599-606.

Verhey 1992

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Verhey 2009

L.F.M. Verhey, 'Horizontale werking van grondrechten: de stille Straatsburgse revolutie', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 517-536.

Verhulp 1999

E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht* (diss. Amsterdam Uva), Deventer: Kluwer 1999.

Verhulp 2003

E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?*, (oratie Amsterdam UvA), Vossiuspers UvA 2003.

Verhulp 2005

E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!', *Sociaal Recht* 2005, 3, p. 87-95.

Verhulp 2010

E. Verhulp, 'En juristen kunnen niet rekenen..?', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010, 8/9, p. 3-5.

Verhulp losbl.

E. Verhulp, 'Aantekening 6 bij art. 2 WAA', in: *Tekst en Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.), geraadpleegd in augustus 2010.

Vermeulen 2004

K.P.D. Vermeulen, 'Het poortwachtermodel als stramien bij disfunctioneren', *Arbeids-Recht* 2004, 5, p. 10-16.

Verwey 1973

W. Verwey, 'Het minimumloon - een welvaartvaste natte vinger', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1973, 6, p. 357-362.

Vording 1993

H. Vording, *Koppelingen in de sociale zekerheid 1957-1992, van wetten en praktische bezwaren*, Amsterdam: Thesis publishers 1993.

De Vries 2007

G.J.P. de Vries, 'Opzegbaarheid van overeenkomsten voor onbepaalde tijd. Kwestie van contractvrijheid', *Nederlands Juristenblad* 2007, 37, p. 2356-2362.

De Vries 1996

H.H. de Vries, 'Grondrechtdenken in de werksituatie', in: C.J. Loonstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 115-132.

De Vries en Van Hoorn 1997

H.F. de Vries en E.C. van Hoorn, *Emancipatie in arbeidsorganisaties*, Den Haag: Ministerie van SZW Inspectiedienst, Den Haag 1997.

De Vries en Van der Mooren 2011

J. de Vries en F. van der Mooren, 'Inkomen en de combinatie van arbeid en zorg', *Sociaaleconomische trends, 1e kwartaal 2011*, Den Haag: CBS, p. 45-55.

Waaldijk 1994

K. Waaldijk, *Motiveringsplichten van de wetgever* (diss. Maastricht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.

Waddington en Hendriks 2002

L. Waddington en A. Hendriks, 'The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination', *The International Journal of Comparative Law and Industrial Relations* 2002, 4, p. 403-427.

Walzer 1983

M. Walzer, *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality*, Oxford: Martin Robertson 1983.

Wentholt 1985

K. Wentholt, 'Nachtarbeid voor mannen en vrouwen: gelijke behandeling?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1985, 3, p. 191 e.v.

Wentholt 1987

K. Wentholt, 'Arbeidsparticipatie van vrouwen met gezinsverantwoordelijkheid', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1987, p. 408-418.

Wentholt 1990a

K. Wentholt, 'Emancipatiebeleid dringt niet door in de nieuwe Arbeidstijdenwet', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1990, 7/8, p. 444-455.

Wentholt 1990b

K. Wentholt, *Arbeid en zorg. Een verkenning vanuit het gelijkheidsbeginsel van de rechtspositie van werknemers met gezinsverantwoordelijkheid*, (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Thesis Publishers 1990.

Wery 1919

J.L.L. Wery, *Overmacht bij overeenkomsten* (diss. Leiden), Leiden 1919.

Westerveld 1997

M. Westerveld, 'De Wet Finlo: een zwaluw... een zomer...?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1997, 11/12, p. 592-605.

Westerveld 1999

M. Westerveld, 'Vakantie en Verlof: van specialisatie naar combinatiemodel', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1999, 11/12, p. 492-503.

Westerveld 2000

M. Westerveld, 'Komt ons verlofrecht uit Europa?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2000, 7/8, p. 293-298.

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding, bewerkt en met nawoord van T. Koopmans*, Deventer: Kluwer 1999 (vierde druk).

Willemsen 2005

J.J. Willemsen, 'Wet aanpassing arbeidsduur 4,5 jaar later', *ArbeidsRecht* 2005, 2, p. 12-16.

Wilthagen en Grünell 1999

T. Wilthagen en M. Grünell, 'Veranderingen in het domein van de rechtsorde van de arbeid, Arbeid en zorg tussen publiek en privaat', in: P.F. van der Heijden e.a. (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

De Wolff 2000

D.J.B. de Wolff, 'Wet aanpassing arbeidsduur:odeloos ingewikkeld, maar wel noodzakelijk', *Sociaal Recht* 2000, 9, p. 255 e.v.

De Wolff 2002

D.J.B. de Wolff, *Wet Arbeid en Zorg*, Deventer: Kluwer 2002.

De Wolff 2003

D.J.B. de Wolff, 'Arbeidsongeschiktheid en de opzegging van de arbeidsovereenkomst', *Arbeid Integraal* 2003, 5, p. 170-174.

De Wolff 2005

D.J.B. de Wolff, 'Nevenbesognes. De arbeidsrechtelijke benadering van nevenarbeid door de werknemer voorzien van enkele kritische kanttekeningen', *Sociaal Recht* 2005, 9, p. 290-297.

De Wolff 2007

D.J.B. de Wolff, *Goed werknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007.

De Wolff 2008

D.J.B. de Wolff, 'De bescherming van de werknemer bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', *Sociaal Recht* 2008, 6, p. 173-180.

De Wolff 2009

D.J.B. de Wolff, 'Tien jaar ketenregeling', *Tijdschrift voor de Arbeidsrecht Praktijk* december 2009, p. 33-37.

Wolters 2010

S.W.G. Wolters, 'De grenzen en mogelijkheden van het verbod van nevenactiviteiten, een toetsingskader aan de hand van de redelijkheid en billijkheid', *Tijdschrift voor de Arbeidsrecht Praktijk* 2010, 3, p. 105-108.

Van Zanten-Baris 2009

A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer; Kluwer 2009.

Zondag 2001

W.A. Zondag, *Werktijdverkorting. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Gouda Quint 2001.

Zondag 2002

W.A. Zondag, 'Institutioneel arbeidsrecht?', *R.M. Themis* 2002, 1, p. 3-16.

Zondag 2003a

W.A. Zondag, 'De wet-Bussemaker/Van Dijke: symboolwetgeving of sociale revolutie?', *ArbeidsRecht* 2003, 2, p. 16-31.

Zondag 2003b

W.A. Zondag, *Wet Bussemaker/Van Dijke: zeggenschap over arbeidstijden*, Actualiteiten Sociaal Recht nr. 15, Deventer: Kluwer 2003.

Zondag 2006

W.A. Zondag, 'Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2006, 3, p. 4-54.

Zondag 2008

W.A. Zondag, 'De Schelde-arresten en het recht op loon', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2008, 7/8.

Zwennis 1985

J. Zwennis, 'Werknemers en gewetensbezwaren', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1985, 4, p. 273-289.

TREFWOORDENREGISTER

Aanpassing arbeidsduur	4.4.6; 4.5.4; 4.6.1; 4.6.3
Adoptieverlof	4.5.1
Anderhalfverdienersmodel	4.4.6
Arbeidsduurverkorting	3.1.2; 3.3.2
Arbeidstijdenwet 1996	3.4.2; 3.4.3; 3.4.4
Arbeidstijdenwet en jurisprudentie	3.6.1
Arbeidstijdpatronen	3.3.6
– aanpassing	3.4.2; 3.4.3
– incidentele wijziging van arbeidstijdpatronen	3.6.3
– structurele wijziging van arbeidstijdpatronen	3.6.2
– jurisprudentie	4.6.3
Arbeidsvoorwaarden	
– behoud bij verlof	4.6.4
– wijziging	9.3.2
Arbeidswet 1889	3.2.2
Arbeidswet 1919	3.2.3; 3.4.1
– jurisprudentie	3.6.1
Belangenafweging	1.2.4; 1.4
Belangenafweging door de rechter	7; 9.7.10; 9.8; 10.5; 11; 14.4.4
Calamiteitenverlof	3.3.1; 4.2.1; 4.3.1; 4.5.1; 4.6.2
– inkomensbescherming	3.3.1; 4.3.2; 4.5.2
– ontslagbescherming	3.3.1; 4.3.3; 4.5.3
– jurisprudentie	3.3.1; 4.6.2
Contract	
– aanvulling	8.2.3
– uitleg	8.2.3; 9.2.3
Contractvrijheid	8.2.1; 9.2.1
Contractvrijheid en dwingend recht	9.2.2
Deeltijdarbeid	4.3.4; 4.5.4; 5.3.4
– gelijke behandeling	5.2.4; 5.3.4
– recht op	4.5.4; 4.6.1

Discriminatie	5
– deeltijdarbeid	5.2.4; 5.3.4
– direct	5.2.2; 5.3.2
– indirect	5.2.3; 5.3.3
Discriminatie en voorkeursbehandeling	5.2.5; 5.3.5
Flexibele arbeid	4.3.4; 4.5.4; 5.3.4
Gelijke behandeling	4.2.2; 5
– deeltijd	5.2.3; 5.3.4
– bepaalde tijd	5.3.4
– positieve maatregelen	5.2.5; 5.3.5
Gezagsbevoegdheid	9.4; 10.4.1; 10.4.2; 10.4.3
– gezag en contract	9.4.6
– grenzen	9.4.2; 9.4.3; 9.4.4; 10.4.3
– rechtmatig gebruik	9.4.4
– redelijk gebruik	9.4.4
Goed werkgeverschap	9.4.4; 10.4.3
– beginselen	9.3.2; 9.4.4; 10.4.3
Goed werknemerschap	9.3.2
Grondrecht op privacy en art. 8 EVRM	14.2.2
– doorwerking	14.4.3; 14.4.4
Grondrechten	13.5; 14
– directe en indirecte werking	14.3.1
Heronderhandelingsplicht	8.2.5; 9.3.2
Huishoudelijk personeel	3.1.2; 3.3.1; 3.5.1; 4.1.2; 4.2.2; 4.3.4; 4.5.4
Humanisering van de arbeid	10.3.2
Imprévision	8.2.4
Inkomensbescherming	3.3.1; 3.3.3; 3.5.3; 4.3.2; 4.5.2; 9.6; 10.3.3
Institutionele leer	10.4.1
Kinderopvang	4.3.5; 4.5.5
Kinderwet 1874	3.2.2
Kortdurend zorgverlof	4.3.1; 4.5.1
– inkomensbescherming	4.3.2; 4.5.2
– ontslagbescherming	4.3.3; 4.5.3
Kostwinnersmodel	4.2.1
Lactatieverlof	4.3.1; 4.5.1
Langdurend zorgverlof	4.3.1; 4.5.1
– inkomensbescherming	4.3.2; 4.5.2
– ontslagbescherming	4.3.3; 4.5.3

Levensloopverlof	3.5.3; 4.4.7; 4.5.1; 4.5.2
Loon zonder arbeid	3.3.1; 3.3.3; 3.5.3; 4.3.2; 4.5.2; 9.6
Medezeggenschap	3.3.5; 3.3.6; 3.4.2; 9.4.2; 9.4.4; 10.3.3
Misbruik van omstandigheden	8.2.6; 9.2.1
Nakoming	8.2.2; 9.5.3
– gevolgen niet-nakoming	8.2.2; 9.5.3; 9.7.3
Nevenarbeid	3.6.4
Onderscheid	
– deeltijdarbeid	5.2.4; 5.3.4
– direct	5.2.2; 5.3.2
– indirect	5.2.3; 5.3.3
– voorkeursbehandeling	5.2.5; 5.3.5
Ongelijkheidscompensatie	9.1.2; 10.3.1
Ontbinding duurovereenkomst	8.2.2; 9.7
Ontplooiing	4.4.3; 10.3.3
Ontslag	9.7
– bedrijfseconomisch	9.7.8
– persoonsgebonden	9.7.7
– vergoeding	9.7.9
Onvoorziene omstandigheden	8.2.4
Openbare sfeer	1.2.2
Oproepcontract	4.3.4; 4.5.4; 5.3.4
Opzegging arbeidsovereenkomst	9.7
Opzegging duurovereenkomst	8.3
Ordering van de onderneming	9.4; 10.4.1
Ouderschapsverlof	4.3.1; 4.5.1
– inkomensbescherming	4.3.2; 4.5.2
– ontslagbescherming	4.3.3
– jurisprudentie	4.6.2; 4.6.3; 4.6.4; 4.6.5
Overmacht	8.2.7; 9.7.4
Overwerk	3.2.3; 3.3.6; 3.4.4; 3.6.3
Paternalisme	10.4.3
Persoonlijke levenssfeer	1.2.2
– bescherming	14.2
Politiek verlof	3.3.5
Privacy	14
Privacy definitie	14.2.1
Privé (descriptief)	1.2.2
Privé (normatief)	1.2.3
Privésfeer	1.2.2; 7

Privétisering	3.1.3; 3.7; 14.4.2; 15
Proportionaliteit	5.3.3; 9.7.5; 14.2.2
Rechtvaardiging	
– motiveringsplicht	13.3
– rechtsgrond	13.4
– responsief arbeidstijden- en verlofrecht	13
Responsief arbeidstijden- en verlofrecht	2; 3.5.3
Risicoregeling	9.6.2; 9.6.3
Schuldeisersverzuim	8.2.2; 9.6.1
Tweeverdienersmodel	4.4.7
Uitzendarbeid	4.3.4; 4.5.4; 5.3.4
Vakantie	3.3.3; 3.5.4
– jurisprudentie	3.6.5
Veiligheid	9.2.2; 9.4.2; 9.5.2; 10.3.3
Verlofrechten	4.3.1; 4.5.1
– inkomensbescherming	4.3.2; 4.5.2
– jurisprudentie	4.6
– ontslagbescherming	4.3.3; 4.5.3
Werknemersbescherming	9.2.2; 10.3
Werksfeer	1.2.2; 7
Wet minimumloon	4.2.1; 4.2.2; 4.3.4; 4.5.4
Wijziging van de arbeidsovereenkomst	9.3
– op verzoek werkgever	9.3.2
– op verzoek werknemer	9.3.3
Zorgverlof	4.3.1; 4.5.1
– inkomensbescherming	4.3.2; 4.5.2
– ontslagbescherming	4.3.3
– jurisprudentie	4.6
Zwangerschapsverlof	3.2.2; 4.3.1; 4.5.1
– inkomensbescherming	4.3.2; 4.5.2; 5.2.2; 5.3.2
– ontslagbescherming	4.3.3; 5.2.2; 5.3.2
– jurisprudentie	4.6.4; 4.6.5; 5.2.2; 5.3.2

CURRICULUM VITAE

Mw. Mr. W.L. Roozendaal werkte na afronding van haar studie aan de Universiteit van Amsterdam vier jaar als advocate bij Boekel de Nerée te Amsterdam. Daarna heeft zij geruime tijd gewerkt als docent onderzoeker, aan de Radboud Universiteit Nijmegen en aan de Universiteit van Amsterdam. Sinds 2009 is zij als docente arbeidsrecht verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Haar onderzoek heeft geleid tot een veelvoud aan publicaties en annotaties, onder andere over de zieke werknemer, ontslag, arbeidstijden en verlof, gelijke behandeling en doorwerking van het grondrecht op respect voor de persoonlijke levenssfeer in de arbeidsrelatie. Zij maakt deel uit van de redactie van AR-updates en de Academie voor Arbeidsrecht. In 2010 is zij gestart met de verzorging van het jaarlijks verschijnende wetboek Arbeidswetgeving. Sinds 2011 is zij een van de bewerkers van Bakels' Schets van het Nederlandse arbeidsrecht.

